







مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن

تأليف

الدكتور حسين زكي الأبراشي
سكرتير ديوان جلالة الملك
والدرس بكلية الحقوق سابقا

حقوق الطبع والنشر
محفوظة للمؤلف

كل نسخة غير موقع عليها
من المؤلف تعتبر مسروقة

القاهرة - دار النشر للجامعات المطبعة
n شارع عدل باشا

إهداء

أبي

طالما شعرت في قرارة نفسي أن حمل ذلك الإسم اللدوي في حياة مصر،
شرف كبير لا أستحقه إلا إذا أسلفت يميني ما يحظى جديراً بالانساب إليه ،
وإني لأرجو أن أكون بما قدمت من باكورة على بهذه الرسالة قد أوفيت على
الغاية في أداء بعض حقه على .

لقد عرف الناس عنك الشيء الكثير من حياتك العامة ، فكنت في تقديمك
للحق وتقانيك في أداء الواجب رمزاً لفكرة سامية وعنواناً لبداً جليل ، ولكن
تلك الجهود المضنية التي بذلتها ، راضية بها نفسك قريرة بها عينك ، خدمة
للمليك وبلاذك ، ما كانت لتحول دون أن تطعم روحك الوثابة أثرها في ناحية
أخرى من حياتك لا يعرف الناس عنها إلا القليل ، فهل تسمح لي ، وأنت في
علياء سمائك أن أخرجها إلى الناس ليروا غرس يدك والروح التي نفتها فيمن
يحمل إسمك .

ها أنذا — في وسع أمل في جانب الله — أستشرف إلى الأمام وروحك
الطاهرة تخلق على ، وهي لي بعد روح الله المنار والمهادي ، فأكاد أسمع في همس
الخلود ، صوتك يستحضر للسير قدماً في الطريق الذي رسمته أنت والذي أترسمه
أنا خدمة للعلم والوطن والملك .

ولعل أسعد ما أكون إذ أقدم إليك هذه الرسالة مجدداً بها العهد الذي قطعت
على نفسي في أن لا أؤخر وسعاً في تمجيد الاسم الذي تركت لي تراثاً باقياً على
الزمن بعون الله .

تصدير

بقلم حضرة صاحب العزة الدكتور وديع فرج بك
وكيل كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول سابقاً
والحامي لدى محكمة النقض والإبرام

ما من أمنية هي في نفسها أحب إلى قلب الأستاذ الجامعي ، ولا تحقيقها أجلب للرضى إلى نفسه ، من أن يشهد مواطنيه على إثمار جهوده في المساهمة في تكوين جيل من الرجال النابهين العاملين على رفع منار العلم في الفرع الذي وقف عليه وقته وكرس من أجله حياته الجامعية .

وإني إذ أقدم الدكتور حسن زكي الأبراشي بمؤلفه ، في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، إلى القراء من رجال القانون والطب معاً ، بل ومن رجال المهن عموماً — فهو يهيمهم على حد سواء — لست بقادر على أن أخفي ما يتخلفني من شعور بالفخر بعمله والاعتزاز بجهوده ، لا لأني كنت المشرف على الرسالة بحسب ، بل لأنه عالج موضوعاً سبق لي أن عنيت ببحثه فقدرت ما يصادفه الباحث فيه من صواب وعقبات ، واجهها المؤلف بالعزيمة الصادقة والنظرة الحليطة الشاملة والتقدير السليم . ولم يكن شيء من هذا بالجديد على قد عرفت الكثير منه مذ جعنا — كما لا تزال تجمعنا — دوافع البحث العلمي .

ولقد انتهى المؤلف من رسالته إلى تحقيق الغاية من بحثه ، فأبرز ومجود

المسئولية المهنية رغم عموم التصرف في باب المسؤولية ، وأثبت أن القاعدة الاجتماعية تسير باطراد نحو رسوخ الفكرة المهنية ، وأنه لم يعد هناك نوع واحد من المسؤولية بل عدة أنواع تميزها وتحدد مداها بطبيعة المهنة التي يزاولها الشخص ومدى الالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه ، وأن السكائن الاجتماعى الذى ينظم

القانون أحواله لم يبق ذلك الشخص المجرد الذي صاغه القانون المدني في قالب واحد ، بل أصبح ذلك الشخص الذي يزاوئ مهنة أو يؤدي وظيفة .

وقد كابد المؤلف لبلوغ غايته هذه من المشاق مالا سبيل إلى إدراكه إلا بقصى مؤلفه كله ، وحسى هنا لتكوين فكرة عن دقة موضوعه وتشعب بحوثه أن أشير إلى بعض الموضوعات التي اضطره البحث إلى خوضها .

دعا المؤلف داعي البحث في طبيعة المسؤولية الطبية إلى التعرض لتقسيم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية فعلية أو تصيرية وإلى ما يتبع ذلك من البحث في نظرية الجمع أو الخيرة بين فرعي المسؤولية ، ثم دعاه البحث في ركن الخطأ إلى معالجة موضوع تقسيم الالتزامات إلى التزام بغاية والالتزام بوسيلة ، ثم إلى بحث نظرية تدرج الخطأ وصلتها بمقياس الخطأ الطبي وبمدى الالتزام المهني .

وانتهى في القسم الأول من مؤلفه إلى دراسة رابطة السببية بين الخطأ والضرر وهي ناحية لما دققها وخطورتها لأن العوامل التي تؤثر على سير المرض ونتائج العلاج متعددة متشعبة حتى يصعب تتبع آثار الخطأ الصادر من الطبيب في سهولة ووضوح .

ولقد خلس المؤلف من كل ما تقدم ، إلى نتائج كانت ثمرات ناضجة لما عاناه من جهود في بحث مسائل هي في ذاتها من أدق وأعمد مسائل القانون المدني ، بل إن منها ، كرابطة السببية ، ما لا يزال الفقه حائراً في شأنه .

أما القسم الثاني من مؤلفه القيم ، فقد خصصه المؤلف للتطبيقات العملية لتلك النظريات التي شرحها في القسم الأول منه ، ومع أنه اتجه في بحثها وعرضها اتجاهاً سادته الروح العملية إلا أنه ، شأن كل فقيه جامعي ، لم يستطع مغالبة تلك النزعة العلمية التي تدفعنا دائماً إلى تطلب ما يجب أن يكون غير قانوني بما هو كائن؛ هذه النزعة هي التي أملت عليه ما كتبه في فهم مبدأ المسؤولية عن الضرر الناشئ عن الأشياء الجالمة ، ذلك المبدأ الذي أدخله القانون المدني الجديد في تشريعاته دون أن ينتبه ، كما أشار المؤلف ، إلى خطورة تطبيقه على الأطباء ودون أن

يستعرض المخرج في تقرير قاعدة عامة ، ملأها عبرت الخفاكم في فورتنا عما فيها وبين
مسئولية الأطباء من تنافر .
ولقد تناول المؤلف بالشرح الدقيق مسؤولية الطبيب من قبل الساعدين
وعلاقته بغيره من الأطباء الممارسين وأحكام مسؤولية في حالة اشتغاله بإحدى
المستشفيات وفيق بين المستشفيات الخاصة والمستشفيات العامة من حيث أحكام
المسئولية وانتهى في ذلك إلى رأى خالف به ما اطرده عليه الفقه والقضاء في مصر
بغير استثناء .

ولقد اختتم المؤلف رسالته بدراسة مسؤولية الأطباء عن إفشاء سر المهنة وبين
الأحوال التي تبرر لم الإفشاء ، فسد بذلك حصصاً في قهنا المصري من هذه الناحية .
بعد هذا العرض الوجيز لموضوعات البحث ، ما أظننا في حاجة إلى القول بأن
المؤلف قد تناول في كتابه موضوع المسؤولية المدنية ذاتها في أدق نواحيها ملتزماً
في دراستها تطبيقاً على النشاط المهني لطائفة الأطباء والجراحين ، فأصبح مؤلفه
بذلك مرجعاً من مراجع المسؤولية المدنية عموماً ، فضلاً عن كونه أول مؤلف جامع
عندنا لأحكام المسؤولية الطبية .

ولقد كان للشرية الإسلامية جانب من عناية المؤلف ، فاستخلص من كنوزها
الدقيقة كثيراً من الأحكام التي تعبر عن أحدث ما وصل إليه التطور القانوني حتى
فما قد يظن أن الحديث فيه وعنه أبعد ما يكون عن فكر رجال الفقه الإسلامي
كراحة التجميل والتجارب الطبية ، فسي أن يكون من ذلك خطوة موقفة تتلوها
خطوات للاستفادة من هذا التراث الجليل فتصبح الشريعة الإسلامية بحق ، كما
تقرر في مؤتمر لاهاي للقانون للقرن ، مصدراً من مصادر الثقافة العالمية في القانون .
والكتاب بعد ، غنى بمراجعته القيمة ، غنى بأحكام القضاء التي بذل للمؤلف
جهداً موقفاً في تحليلها بأمانة ودقة ، ملتزماً في كل هذا الدراسة المقارنة وهو غنى
أيضاً بالأراء الشخصية التي إن خالفناه أحياناً في بعضها ، لا نشكر عليه فيها روح
الابتكار والاجتهاد الثمر في التخرج والتدليل .

والذي لا أختتم بكتبي هنيئاً في تقديم الدكتور حسين زكي للإبراهيمي عذراً،
أرجو أن تكون رسالته حلقة في سلسلة الرسائل التي تبنى بدوابة الموضوعات
التي لم يتطور البحث فيها إلى نتائج توقعا هي غاية أو تدنيا من نهاية .
يهد مشكور موفق بكل التوفيق .

وديع فرج

مقدمة

فرضية المسؤولية، كما يقول جوسران، في طريقها أن تكون نقطة الارتكاز من القانون المدني، بل من القانون بأسره، فإلى ما تقضي به المرجع في كل أمر، كاترد إليها جميع الاتجاهات سواء أكان ذلك في القانون العام أم في القانون الخاص، وسواء أكان ذلك في دائرة الأشخاص أم في دائرة الأموال، حتى ليحق لنا أن نقول، إنها باتت مركز الحساسية من جميع النظم القانونية^(١).

بهذه الكلمة الموجزة، عبّر جوسران عما ناله المسؤولية من أهمية خاصة، على النحو الذي أسلفناه، فكل تطور يصيبها خليف بأن يدرس بما تستحقه المسؤولية من عناية، ذلك أن من الجائز أن يحدّ على ضوء ذلك التطور فكرة جديدة قد يكون لها من بالغ الأثر ما لما سبقها، وقد يتبلور ذلك النوع الجديد من التفكير، فيصبح مبدأ قانونياً تكون غايته مطافه أن يأخذ صبغة التشريع.

وأهم ظاهرة في تطور الفكر القانوني في العصر الحاضر، هي أن المساواة المدنية أمام القانون، كأساس للعاملات، أصبحت الآن فكرة مهجورة، إذ المساواة المدنية توأم المساواة السياسية التي خلقتها الثورة الفرنسية بإعلانها لحقوق الإنسان. والقانون المدني الذي قرر المساواة المدنية هو من وحي تلك الثورة^(٢).

ولقد ظلت الديمقراطية حريصة على مبدأ المساواة ما كانت شاعرة

Josserand — Préface à l'ouvrage de M. André Bruz. Rapports et (١)
domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, p. 5.

René Martin — La faute professionnelle spécialement dans les pro- (٢)
fessions libérales, p. 3. (thèse, Lyon 1934).

بأنه مهدد من جانب الطوائف التي كانت ممتازة ، فما أن تبدد خوفها حتى زال حرصها عليه ؛ ذلك أن نصاً واحداً مجرداً وعام التطبيق ، لا يكفل إلا حماية متواضعة للصالح المختلفة ، ومن ثم تعالت أصوات الطوائف كل يطالب بحماية مصالحه على وجه أكل^(١) وما فتئ هذا التعارض ، بين حكم القانون وبين الحماية التي ينشدها أرباب الطوائف والمهن ، أن زال بما صدر من تشريعات خاصة وبما بذله رجال الفقه من مجهود في هذا السبيل .

فلا غرو إن رأينا بعض القوانين الحديثة لم يشرع لجميع مواطني الدولة ، أو القاطنين في أرضها ، وإنما شرع لجماعة من الأفراد تربطهم المهنة التي يزاولونها . وإذا كان القانون المدني يمنح الجميع الحق في التمتع بالحقوق المدنية ، ولا يقر أى تمييز بين الأفراد والطبقات ، فإن القوانين الحديثة تقر ببساطة عدم المساواة بين الأفراد في التمتع ببعض الحقوق ، وبإمكان أن يتوجه الخطاب من الشارع في أمر معين إلى طائفة معينة من أفراد المجتمع ، وبذلك تصدع مبدأ المساواة الذي كان عماد التشريع المدني وقت وضعه^(٢) .

والقانون المدني حتى في تعديله الأخير لم يحو إلا نصوصاً قليلة مبينة حقوق الأفراد وواجباتهم بحسب المهنة التي يزاولونها ، بل أكثر من ذلك ، أن القانون التجاري نفسه ، وقد كان المفروض فيه أن يعتمد إلى هذا التخصيص في بيان حقوق التجار وواجباتهم ، اقتصر على تحديد الأعمال التجارية وتفادى تعريف التاجر ، ومع هذا فإن النزعة إلى التنظيم النقابي أدت بغير شك إلى تجمع أفراد المهنة الواحدة تحت لواء واحد حتى أصبحت مهنة الشخص تقرر باسمه كعنوان لشخصيته .

وما من شك في أن التنظيم النقابي ليس تقسماً للأفراد من وجهة القانون الخاص ، إذ مجرد قيد اسم الشخص في إحدى النقابات لا يقوم دليلاً على

Ripert — Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 198. (١)

Ebauche d'un droit civil professionnel, par G. Ripert, No. 1. (٢)

مهنته إذا أثير حولها الشك في نزاع قضائي، وليس تقسيم الأشخاص بحسب مهنتهم موضع صعوبة، إنما الصعوبة في تحديد أثر المهنة على مراكم من وجهة القانون الخاص، وهي ناجة من الدراسة أحجم الفقهاء عن طرقها لتقديسهم مبدأ الحرية المدنية، فهم يخشون القول بأن تطبيق القواعد القانونية منوط بالمهنة التي يزاولها الشخص، والقانون التجاري نفسه اجتهد في أن يسدل النقاب على شخصية التاجر ليحمل على الظن بأن القانون مهتم بالأعمال لا بالأشخاص.

أما الآن فقد أصبح تجاهل هذه الحقيقة أمراً غير ممكن لأن التمييز بين الأفراد بحسب مهنتهم ضرورة حتمية لا يمكن إغفالها وسوف لا يلبث القانون أن يجد نفسه مجبراً على الاستجابة لندائها. وهكذا أصبحت فكرة نشوء الحق واستعماله وانتهائه مقرونة بشخص صاحب الحق نفسه. فالأشخاص المجردون في القانون المدني كالمالك والدائن والمدين يجب أن يسبقوا على أنفسهم رداء المهنة التي يزاولونها فتحدد حقوقهم ومدى مسؤوليتهم عن نشاطهم^(١).

والقانون وإن كان لم يفرق بين الأشخاص المسؤولين عن خطئهم معتبراً أن الأخطاء متكافئة من حيث المسؤولية التقصيرية، فوضع قاعدة عامة لسلوك الأشخاص وما يجب أن يدفعوه من تعويض، إن كان قد فعل ذلك فلفه الفقهاء والمحاكم — من ناحية أخرى — توحى بوجود فكرة الخطأ المبنى^(٢).

والواقع أيضاً أن الشارع أقر مبدأ أخطار المهنة بالنسبة لبعض الصناعات

(١) ريبير للرجع السابق بند ١ و ٢ و ٣، مارتان للرجع السابق ص ٣.

Emile Arrichi, De Casanova.—La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile, Thèse, N. 8, p. 18.

(٢) بلايول ريبير إسمان — شرح القانون المدني ج ٦ بند ٥٢٣.

وكان المقصود هو تحميل رب العمل عبء التعويض الجزافي عن الأضرار الناشئة عن الحوادث التي تحصل أثناء العمل ، وقد حاول البعض أن ينجحوا على فكرة أخطار الحرفة نظرية تحمل التبعة ، ولما لم يكونوا على استعداد لقبول قواعد خاصة بالنسبة لبعض المهن ، فقد أرادوا أن يصوغوا مبدأ عاماً تكون القواعد المهنية تطبيقاً له .

وكل ما يشوب المسؤولية المدنية من أفكار متضاربة وما يتنازعها من اتجاهات مختلفة ، مرجعه إلى هذه الشكوك التي ساورت رجال الفقه من حيث إمكان تطبيق قاعدة الخطأ بصفة مطلقة ، فالبعض بأخذهم بالقاعدة القديمة على إطلاقها يرون أنفسهم مضطرين إلى إقرار المسؤولية المهنية ، والبعض الآخر يريدون أن يفرضوا على الجميع قاعدة المسؤولية المهنية على تحمل التبعة ، مع أن مدى تطبيقها يجب أن يكون قاصراً على بعض أرباب المهن ^(١) .

فزاولة أى مهنة تفرض على صاحبها نشاطاً منتجاً لنفسه وأحياناً ضاراً بغيره ؛ ومع ذلك يجب السماح به في بعض الأحوال رغم ما قد يترتب عليه من أخطار . فالطبيب الذي يحرب علاجاً جديداً لإنقاذ مريض استعصت حالته على الأصول الطبية المعروفة ، يجب أن يبقى بمأمن من المسؤولية وإلا ففضينا على روح الابتكار في الطب ، تلك الروح التي أسدت للإنسانية أجل الخدمات .

وأحياناً يتحتم أن يلزم الشخص بالتعويض لأن نشاطه ينطوي على أضرار جسيمة بالغير ، كصاحب المصنع الذي يقلق راحة الجيران ، ومن ثم فلا يمكن معاملة رجل المهنة كأي رجل عادي . والمحاكم عند ما تريد إعفاءه من المسؤولية تقول إنه غير مسئول إلا عن خطئه الجسيم ، وعند ما تريد تحميله بكل الأضرار الناشئة عن نشاطه تقول إنه مسئول عن

خطئه ولو كان تافهاً ، وأحياناً تفرض عليه التزامات خاصة ، وليس الأمر متعلقاً في الواقع بتدرج الخطأ ، وإنما يتعلق بمعرفة ما إذا كان هناك نشاط غير مشروع أم لا ، وهي ناحية لا يمكن تقديرها إلا يبحث القواعد المهنية وفي أغلب الأحيان لا يستطيع القاضي أن يعرفها إلا بالاستعانة بأهل الخبرة من ذوي السكفاية في المهنة التي يتعلق بها النزاع .

وبحث كهذا يفترض قيام الضرر بأثبات الخطأ ، ولتخفيف عبء هذا الإثبات عليه طبقت المحاكم فكرة المسؤولية التعاقدية بالنسبة لحوادث الأشخاص ، وكأرتبت التعويض على نفس العقد اقرضت أنه يحمل اشتراطاً لمصلحة أقارب من أصابه الضرر لكي يتمتعوا هم أيضاً بالإعفاء من عبء الإثبات^(١) . على أن المحاكم عندما أرادت بيان العقود التي تحوي الالتزام بالسلامة لم تضع معياراً واضحاً ، إذ لم يكن يحتمل بدور على تحليل العقد توصلنا للكشف عن هذا الالتزام بل على تحليل مركز المتعاقدين وتحري وجه المصلحة في تحميل أى منهما عبء الإثبات من الناحية الاجتماعية . فقصت مثلاً بأن عقد النقل الجوي يحوي الالتزام بالسلامة ، وجعلت مثولى الألعاب في الملاهي مسئولاً عن سلامة من يأتون للبو في ملعبه قاصدة من ذلك إعفاء الجانب الضعيف من عبء الإثبات . وقد قيل إنه من أجل ذلك السبب صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية باعتبار مسؤولية الطبيب عقدية حتى توفر على المريض عبء إثبات خطأ الطبيب^(٢) .

ولقد رددت جوسران صدى صوت الحوادث والاتجاه الجديد للفقه والتشريع إذ قال ، بعد أن قرر أن قانون نابليون قد حقق وحدة التشريع

(١) نفس مدنى في ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، ٢٤ مارس سنة ١٩٣٣ دالوز ٣٣ — ١٤٠ — وتعليق جوسران . نفس ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ دالوز ١٩٣٣ — ١٠ — ١٤٠ ، نفس ١٩/٦/١٩٣٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٤٢٩ .

(٢) نفس ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ — ريبير للرجع السابق بند ١٦ من ٦٨٩ وستعود لك مناقشة هذه المسألة في القسم الأول من الرسالة .

في فرنسا وقضى على التفاوت بين الطبقات ما خلاصته أن التاريخ يعيد نفسه وبدأ التشريع يتعمد شيئاً فشيئاً عن المبادئ التي أقرها ليقدر وضماً جديداً بل ليعيدنا إلى ماضٍ صحيح ظننا أننا تحررنا منه إلى غير رجعة ، فظهرت في الأفق أفكار جديدة ، كرد فعل لما استحدثته الثورة من توحيد في التشريع ، تنادى بإنشاء تشريعات خاصة للطبقات ، أو بتعبير أدق بوضع قانون مهني ، فأصبح المركز القانوني للشخص يتحدد لا بالنظر إليه مجرداً بل بالنظر إلى طبقته في الجماعة أو المهنة التي يزاوئها فهذه الصفة وحدها هي التي تحدد مدى حقوقه والتزاماته ^(١) .

وهذا ما حدا ببعض الفقهاء في فرنسا لأن يقولوا بوضع قانون مدني مهني تعالج فيه مسؤولية أرباب المهن بحسب الطبيعة الخاصة لالتزاماتهم ، فهناك احتياطات يغتفر للرجل العادي أن يغفلها ، فإن لم يراعها رجل المهنة عُدَّ ذلك منه إغفالا أكيداً لواجباته وخطأً محققاً من جانبه ^(٢) . وليس في ذلك ما يثير الدهشة إذ من الطبيعي أن نتظر من رجل المهنة أكثر مما نتظر من الرجل العادي ، ولقد قال ريبير بحق : إن اعتبار المسؤولية المهنية إن هو إلا انتصار للفكرة الخلقية والتنظيم الفني للمسؤولية على أساس خلقي ^(٣) .

ولقد كان دور القضاء في نظرية المسؤولية كبيراً وخطيراً إذ لم تقتصر مهمته على تفسير النصوص بل تعدته إلى الإنشاء الحقيقي ، ذلك أن النصوص القانونية كانت من الضالة بحيث لم تكن لتسد الحاجة لو لم يتوسع القضاء

Josserand — Sur la reconstitution d'un droit de classe, D.H. 1937, (١)
p. 1 et 2.

(٢) يقول مارتان في المرجع السابق ص ٣ : إن المسؤولية الفنية تختلف عن المسؤولية عموماً من حيث إن الأخطاء الفنية يجب أن يكون الجزاء عليها أشد لأن رجل المهنة عليه التزامات خاصة بل حريفة .

(٣) ريبير الجامعة الخلقية في الالتزامات بند ١٢٤ و ١٢٥ .

في فهمها ولو لم يحل عمل المشرع في سد النقص الذي يتخلل ثنائياها (١) .
ولقد راعت المحاكم أن تكون نظرية المسؤولية من المرونة بحيث تحقق
العدالة على الوجه الأكمل فحققت بذلك ما ساء أحد فقهاء البلجيك والعدالة
الحقة ، (٢) .

وليس المراد بالعدالة الحقة هنا ما يهتدى إليه القاضى في خصوصيات
الدعوى يظرونها من وجه الحكم بضميره وشعوره وتقديره بروح العدل
والإنصاف التى فطر الإنسان عليها ، بل المراد بها المبادئ الأساسية التى
تحكم سلوك الأفراد والتى لها إلى حد ما صفة الثبات والاستمرار ، وهى
مبادئ مستنبطة من فقه القانون وأصوله فقوتها مستمدة من الضمير
الجماعى (٣) .

بهذا نظمت المسؤولية على وجه أكثر تنشياً مع حالة الجماعة ، أعنى أنه لم
يعد الفرد هو الذى يعترف له بالحقوق لحسب بل بمجموعات الأفراد كذلك
الذين تباينت مراكزهم الاجتماعية .

ويقول جوسران (٤) إن المسؤولية لم تعد فكرة مجردة ، فلئن كان
القانون الوضعى قد قدس مبدأ المساواة الذى تمخضت عنه الثورة الفرنسية
فإن القضاء راعى أن المساواة الفعلية لا تفترض أن يخول الجميع نفس
الحقوق لحسب بل أن يمكنوا من استعمالها على الوجه نفسه وإلا كان هناك
تناقض يرس بين المساواة القانونية والمساواة الاجتماعية ، ومن أجل ذلك
نجد أنه قد مال باستمرار إلى خلق مراكز فردية خرجت بالقانون عن مبدأ

(١) مارتان المرجع السابق ص ٢٢ .

(٢) De Page — Le gouvernement des juges, p. 147 et s.

(٣) حامد باشا همى والدكتور محمد حامد همى — النفس فى اللواد المدنية والتجارية

ص ٩٨ .

(٤) Josseland — Les transports, 2me éd., No. 847, p. 877.

المساواة القانونية ليحقق ميزات لصالح من جردوا من سلاح الكفاح في الحياة لأداء مهمتهم الانسانية فأصبح القانون ، بفضل القضاء ، يقيم وزناً للاعتبار الشخصي شأنه في ذلك شأن قانون العقوبات تماماً ، وبذلك حقق حماية الضعفاء (١) .

ولم تعد المسؤولية — بدخول الاعتبار المهني فيها — نوعاً واحداً ، بل أصبحت أنواعاً من المسؤوليات متعددة ، فالصيافة والموثقون يتألون جزاءً شديداً على أخطائهم بينما ضائق نطاق الخطأ بالنسبة للأطباء ، فكان قسطهم بما عسى أن يتعرضوا له من المسؤولية أخف من نصيب غيرهم ، إذ المفروض أنهم أصحاب ضمائر حية ، وأن نشاطهم يجب ألا تقام في سبيله المراقيل (٢) .

لم يعد خافياً ، بعد الذي أسلفنا ، المركز الممتاز الذي شغلته قواعد المسؤولية من القانون المدني ، لهذا آثرت أن يكون موضوع مسؤولية الأطباء والجراحين المدني عنواناً لهذه الرسالة ، فضلاً عن أن المسؤولية عموماً تعتبر الجزء الحى من القانون المدني ، فإن الفكرة المهنية — وهى فكرة لها مظلوتها ولها جدتها رغم أن تأثيرها على القواعد المدنية كان قديماً — قد أخرجت المسؤولية الطبية عن التطبيق الطبي لقواعد المسؤولية عموماً .

حقاً إن المشرع لم يتعرض للمسئولية الطبية بنصوص خاصة ومن ثم قد يعترض بأن الفن التشريعى لا يسمح بالفرقة بينها وبين الأحوال الأخرى للمسئولية . ولكنه لا يخفى أن تطبيق القواعد العامة بطريقة مجردة ودون نظر إلى الطبيعة الخاصة التى تصطبغ بها التزامات الطبيب إنما يوقننا فى محذور ، هو تنازع القانون مع الواقع ، وهو ما يجب البعد عنه لما فى تحقيقه من أضرار قد تؤدى إلى هزات عنيفة تزلزل أركان البناء القانونى الموجود .

(١) مارتان المرجع السابق ص ٢٩ .

(٢) ريبير للمرجع السابق بند ٢٨٠ .

فلا مفر إذن من أن نلاحظ أن القانون ظاهرة اجتماعية ، وما النصوص إلا الوسيلة لتنفيذ الأغراض التي ينشدها النظام القانوني والتي يسير المشرع إلى تحقيقها ، فعمل من يفسر النصوص أن يتبع ما سماه جيني بالبحث العلمي الجهر^(١) ، والذي يلخص في وزن المصالح في كل مسألة مع مراعاة مصلحة الجماعة واعتبار جميع العوامل الاقتصادية والأدبية التي تحيط بها ، وبذلك يمكنه الوصول إلى حل يحقق العدالة بين الجميع . فالقانون لا يمكن أن يفسر تفسيراً مجرداً ولا يمكن أن يكون منطقياً بحتاً لأن حياة الجماعة ، وهو في الواقع مرآة لها ، ليست بسيطة ومنطقية ، بل بالعكس مركبة ومملوءة بالمتناقضات . فلا بد إذن من وسيلة فنية تضمن التوفيق بين الوقائع التي تحدث في الجماعة وبين النصوص ، وبعبارة أخرى يجب التغلب على ما سماه كومت^(٢) الصعوبة الكبرى في التوفيق بين النظام^(٣) والحركة^(٤) . يجب على من يشرف على تطبيق القانون وتفسيره ألا يطرح الضرورات الاجتماعية جانباً ، بل عليه أن يفسر القانون على هدى هذه الضرورات ومن هنا نشأ التطور الكبير الذي لازم فقه القانون . ذلك أن الحياة الاجتماعية في العصر الحاضر اكتنفتها تغييرات واسعة النطاق شملت نواحي متعددة من نواحي الحياة ، لذلك كان لا مناص من أن تحدث أثرها في التفكير القانوني وأن تجبر الرؤوس القانونية الكبرى على البحث عما يلزم اتباعه ضماناً للعدالة بين الناس التي هي أساس لكل تقدم ورخاء واطمئنان .

وأهم ظاهرة لهذا التطور كما رأينا أن المركز القانوني للشخص بات يتحدد لا بالنظر إليه مجرداً ، بل بالنظر إلى المهنة التي يزاولها . وإذا كانت الحوادث قد أبرزت هذه الظاهرة في العالم القانوني فإن الفقه والقضاء قد استجابا لنداء الحوادث بتطبيق ضوابط^(٥) ضمننت لها مساهمة الاتجاه

(١) La libre recherche scientifique (٢) Comte (٣) L'ordre
(٤) Mouvement (٥) Standards

العالم ^(١) والأفكار التي ينشدها القانون والتي تطلبها الحياة الاجتماعية .

وعلى ذلك فنحن نميز في دائرة بحثنا بين موضوعين كل منهما متصل بالآخر ، تفسير النصوص التي تخضع لها المسؤولية الطبية لبيان طبيعتها وتعرف أركانها من ناحية ، وما يعلو على تلك النصوص ويفتح الباب للأبحاث العقلية ودراسة الأحداث الاجتماعية دراسة ذاتية للكشف عن مدى المعاملة الخاصة التي يتمتع بها الأطباء في مسئوليتهم من ناحية أخرى ، وهو ما انتهى بنا إلى تقسيم الموضوع إلى قسمين : —

في القسم الأول — سندرس طبيعة مسئولية الأطباء وأركانها .

وفي القسم الثاني — سندرس مدى التزامات الطبيب في المراحل المختلفة التي تمر فيها علاقته بالمريض .

القسم الأول

طبيعة المسؤولية وأركانها

تنقسم المسؤولية بصفة عامة إلى مسئولية عقدية ومسئولية خطئية أو تقصيرية. فإن كان الضرر حادثاً بسبب الإخلال بالتزام سابق ناشئ عن عقد صحيح بين المتسبب في الضرر والمصاب كان الجزاء بوجه عام خاضعاً للمسئولية التعاقدية. أما إذا انتفت تلك الرابطة العقدية بين المتسبب في الضرر والمصاب بأن كان كل منهما من الغير بالنسبة للآخر بحيث يكون الضرر قد حدث بسبب الإخلال بذلك الواجب القانوني العام الذي يفرض اليقظة والحذر على كل إنسان في سلوكه نحو الآخرين، فقواعد المسؤولية التقصيرية هي التي يجب تطبيقها.

هذا التقسيم الثنائي على الرغم مما وجه إليه من نقد دعاة وحدة الخطأ في كل من المسئولين^(١) قد احتفظ به أغلب الفقهاء وأقره القضاء.

(١) ينادى أنصار هذه النظرية بأن الخطأ في المسئولين طبيعته واحدة وهو لا يبدو أن يكون نوعاً من التقصير ولهذا فاللادة ١٥١/١٦٣ م ج ١٣٨٧ وما بعدها تنطبق في حالة الإخلال بتنفيذ التزام تعاقدي (Lefebvre — De la responsabilité délictuelle et contractuelle, Revue Critique, 1886, p. 485.)

ودعموا نظريتهم أولاً : بأن الخطأ هو إخلال بالتزام سابق (بلانيول ج ٢ طبعة ١١ بند ٨٧٦ *Traité élémentaire de droit civil*) ولا فرق بين الإلتزام التعاقدي والإلتزام القانوني لأن القود هجوم مقام القانون بين التعاقدين فلا فرق بين الإخلال بأيهما .

ويشير إسمان إلى أن المسؤولية العقدية هي في الواقع مسئولية قانونية لأنها تنشأ عن الإخلال بالتزام قانوني هو الإلتزام بتنفيذ التعهدات التي أنشأها العقد ، ذلك لأن العقد إذا كان ينشئ بعض الإلتزامات فإن التي يجبر الطرفين على احترامها هو القانون الذي اعتبر العقد شريعة للعاقدين (Emmein — Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trimestrielle de droit civ., 1933, p. 638 et s. No. 5.)

ثانياً : المسئولية التعاقدية يجب ألا تختلط بالإلتزام التعاقدي في ذاته فهي لا ترجع إلى العقد وإنما ترجع إلى اللادة ١٥١/١٦٣ م ج ١٣٨٧ . فبخير اللادة ١٣٠٢ قررُوا أنها :

وبين أن ازدواج المسؤولية ليس مبنياً على اختلاف في جوهر الخطأ في كل منهما ^(١) ، فالخطأ في الحالتين هو إخلال بالالتزام سابق ^(٢) ، ولكن

== تضع قاعدة عامة وهي أن الالتزام ينقضي بعدم تنفيذه ليجل عله الالتزام بالتبويض وهو التزام مستقل عن الأول (Grandmoulin — Livre II, De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles, thèse Rennes, 1892, p. 7 et s.)

ولقد اعتد ديموج بحل هذه المسألة إذ أبان أن المادة ١٣٠٢ م التي تقرر انقضاء الالتزام بقرره في حالة خاصة هي حالة تلف الشيء بغير إهمال من المدين (ديموج — شرح الالتزام ج ٥ ، نبذة ١٢٢٢) .

حقاً إن الالتزام بالتبويض يخالف الالتزام الأصلي من حيث المصدر ولكن الرابطة بينهما واضحة بحيث يمكن تفسيه هذه الحالة بحالة التجديد ، ولأنه لإنكار هذه الرابطة أن تطبق المادة ١٦٣/٥١ م ج/١٣٨٢ وما بعدها في المسؤولية عن تنفيذ الالتزامات العقدية بل إن تفسيه إحدى المسؤولين بالأخرى من جميع النواحي أمر يأباه الواقع .

(Jossierand — Cours de droit civil français, t. 2, 3me éd., No. 484 et s. A. Brun — Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, thèse 1931, No. 89 et s. Van Ryn — Responsabilité acquiescente et contrats en droit positif, thèse, Bruxelles, 1933, No. 7 et 8) .

(١) بران المرجع السابق ص ٢٨٢ .

(٢) قيل في التفرقة بين المسؤولين لأن المسؤولية العقدية مرجعها إلى دراسة آثار الالتزام أما المسؤولية التقصيرية فمرجعها إلى دراسة مصادر الالتزام ، ذلك لأن المسؤولية العقدية ما هي إلا الجزاء على التزام موجود فهي لا تنفي أي التزام . أما في المسؤولية التقصيرية فلا رابطة بين المصاب والتنسب في الضرر قبل تطبيق قواعد المسؤولية ، ولذا قواعد المسؤولية هي التي تنفي الرابطة القانونية وبمعنى آخر إن المسؤولية التقصيرية كالمقد تماماً تعتبر مصدراً للالتزام . (Mazenod — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, No. 98, 3me éd.) . سنة ١٩٢٩ ص ٥٥١ ؟؟ بند ٣ ، ولكن هذه النظرية غير صحيحة من وجهين فليس صواباً أن المسؤولية التقصيرية مرجعها إلى دراسة مصادر الالتزام حسب (ملازو ج ١ المرجع السابق بند ٩٩) إذ لا يمكن أن نعرف الشروط التي يفتضاها يصبح الإنسان مسؤولاً ، وهي الدراسة المتعلقة بنشوء الالتزام ، بل يجب أن نعرف أثر هذا الالتزام وما عسى أن يلتزم بتبويضه . التنسب في الضرر .

ومن جهة أخرى ليس صواباً أن المسؤولية العقدية مرجعها إلى دراسة آثار الالتزام فقط (ملازو المرجع السابق ج ١ بند ١٠٠) . يقولون لأن المسؤولية العقدية تنفأ عن الإخلال ==

ليس معنى هذا التشابه أن من لا ينفذ التزاماً عقدياً يخضع للقواعد التي تحكم المسؤولية التقصيرية فإن وجود رابطة قانونية سابقة على الفعل الضار بين المتسبب في الضرر والمجني عليه من شأنه خلق مركز خاص يبرر إنشاء قواعد مستقلة للمسؤولية العقدية^(١)، فلا غرو أن عنى المشرع بتنظيم أحكام كل من هاتين المسؤوليتين فرتب على هذا التقسيم آثاراً جمة لأغلبها أهمية كبيرة فيما يتعلق بموضوع المسؤولية الطلية التي نحن بصدددها فضلاً عن أن بعض القواعد الخطيرة التي امتازت بها المسؤولية التقصيرية في التشريع الفرنسى والتي جعلت لهذا التقسيم أهمية خاصة هناك بالنسبة للمسؤولية الطلية بدأت تطل برأسها في مصر عن طريق القانون المدنى الحديث^(٢).

وأول هذه القواعد ما جاء في المادة ١٧٨ من ذلك القانون حيث نص على أن كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر. ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

== بالترام سابق فهو لا تنقضى أى الترام لأن الالتزام كان موجوداً من قبل ولكن فاتهم أن يبينوا أن الالتزام الناشئ عن العقد هو بفاته الناشئ عن الإخلال بتنفيذه. والواقع أن العقد إذا كان ينقضى على عاتق المدين التزاماً بالتنفيذ فإن المدين إذا رفض تنفيذ هذا الالتزام نقأ على عاتقه الترام جديد يحمل على الأول وهو الالتزام بالتعويض. وهذان الالتزامان المتصانان ما على الأقل من الناحية النظرية كل منهما مستقل عن الآخر. فإذا كان الأول ينقأ عن الإرادة المشتركة فإن الثانى لا علاقة له بها بل يلتزم المدين بالتعويض رغم إرادته. فالمسؤولية العقدية إذن كالتقصيرية تماماً كلاهما مصدر للالتزام وكلاهما إخلال بالترام سابق (هنرى مازو المجلد الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ٣ و ٤، بران المرجع السابق بند ٨٥ و ٩٢).

(١) قس ف ١١ يناير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ١٦، قس ف ٦ أبريل سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١١١، بران المرجع السابق ص ٢٨٢، حشمت أبو سبيت نظرية الالتزام في القانون المدنى المصرى بند ٤٢٩ (R. Saleilles — Théorie générale de l'obligation (3me éd.) No. 332 et s.).

(٢) دكتور وديع فرج — مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية — مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٣٨١؛ أنظر ص ٣٩٠.

هذا النص يخلق قرينة قانونية لا تقبل لإثبات العكس على خطأ الحارس لآى آلة تتطلب حراستها عناية خاصة كلما أحدثت تلك الآلة ضرراً بالغير ، ولا يمكن للحارس أن يخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر نشأ عن قوة قاهرة أو حادث فجائي أو عن خطأ المصاب أو خطأ شخص لا يسأل عنه هو . فلوراعينا أن بعض المحاكم الفرنسية طبقت نصاً مقارباً لهذا على المسؤولية الطبية ^(١) في حالة العلاج بالأشعة أو بالتيارات الكهربائية ^(٢) ، أو بالزاد يوم بل إنها طبقته حتى في حالة العلاج بأوكسيد سيانيد البوتاس ^(٣) ، وفي حالة ترك قطعة شاش بجسم المريض ^(٤) ، لو راعينا كل هذا للسنا الخطر الشديد الذى يهدد رجال المهنة الطبية من إدخال مثل هذا النص عندنا بدون تحفظ ، لا سيما إذا أصرت محكمة النقض على نظريتها في إخضاع المسؤولية الطبية لقواعد المسؤولية التقصيرية ^(٥) .

وقاعدة أخرى نص عليها القانون الحديث يؤدى قبولها إلى اتساع شقة الخلف بين نوعى المسؤولية عندنا بالنسبة للمسؤولية الطبية هي تلك القاعدة الخاصة بتقادم دعوى التعويض فى المسؤولية التقصيرية والتي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ بقولها : تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه .

ويكفى ليان أهمية هذا النص فى موضوعنا أن نعلم أنه بمناسبة تطبيق

(١) حقيقة تقوم القضاء الفرنسى هذه الأحكام ولكنه لم يخلص نهائياً من محاولة تطبيق المادة ١٣٨٤ على الأطباء إلا بعد أن اعتبر مسئوليتهم تعاقدية كما سيجىء .

(٢) مورليه Morlaix فى ١٧ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٢٥٧ ،

ليون الاستثنائية فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ٩١٥ .

(٣) ريمس Reims فى ٦ مارس سنة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٦ — ٢ — ٦٧٥ .

(٤) إيتامب Etampes فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٣٣ — ٦٢٠ .

(٥) دكتور ودع فرج للرج السابق ص ٣٩١ .

المادة ٦٣٨ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي عدلت محكمة النقض الفرنسية عما اطر د سير القضاء عليه مدة مائة عام من اعتبار المسؤولية الطبية مسئولية تقصيرية فقد قضت الدائرة المدنية بتلك المحكمة في ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ بأن مسؤولية الأطباء عما يرتكبونه من خطأ في علاج المرضى الذين اختاروهم هي مسؤولية عقدية لا تخضع لقاعدة تقادم الدعوى المدنية والدعوى الجنائية الواردة في المادة ٦٣٨ من قانون تحقيق الجنايات والتي تسقط بمقتضاها دعوى المسؤولية التقصيرية متى كان الخطأ المدعى مكوناً لجريمة جنائية في نفس الوقت ^(١).

وحتى إذا خفضنا النظر عن تلك القواعد التي استحدثها القانون المدني

(١) هذا الحكم أيد وجهة نظر محكمة إكس في حكمها الصادر في ١٦/٧/١٩٣١ والمحكمة منشوران في دالوز الدوري ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ . راجع همري جوسران ومرافعة ماتر في قس القضية .

وانظر في التفرقة بين المسئولين من هذه الناحية : قض ٢ فبراير ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ . ١ — ٧٢ قض ١٩١٣/٤/٢١ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩ وتعليق ليون كان وفي سيري ١٩١٤ — ١ — ٦ يزنالون ٢٠ مارس ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ — ٢٩٢ . قض ١٩٣٨/١/١٨ سيري ١٩٣٩ — ١ — ٢٠١ . عكس قض بلجيكي أول مارس ١٨٩٤ دالوز ٩٥ — ٢ — ٣٠٦ .

وراجع في تأييد وجهة نظر محكمة النقض :

Sahut (P.) — Nature juridique de la responsabilité des médecins, thèse, 1937, p. 184. Dufflo (G.) — La responsabilité civ. des médecins à la lumière de la jurisprudence récente, thèse, 1937, p. 33 et s. Lucas (M.) — Les obligations du médecin, thèse, 1938, No. 22 & 92. Blanche Rodet. — La responsabilité civ. des médecins et la jurisprudence actuelle, p. 203 et s. A. Breton. — N. sous cass 20. 5. 1936, S. 1937 — 1 — 321, § 2 C. 1. A. Peytel. — La responsabilité médicale, p. 11. Savatier (R.) — Traité de la responsabilité civ., No. 111. بران المرجع السابق ص ٨٥ .

ومع ذلك رأى بعض الفراح في فرنسا أن اعتبار اللئولية الطبية عقدية لا يمنع من سريان التقادم الجنائي عليها حتى لا يثار البحث في المسئولية الجنائية التي أراد القانون أن يسدل عليها الستار . راجع في ذلك : Mazen (J.) — Essai sur la responsabilité civile des médecins (thèse, 1934), p. 52 & 53. Falque — La responsabilité du médecin après l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1936, Revue critique, 1937, p. 609 et s. v. p. 633.

الجديد فإنه يبقى لمعرفة ما إذا كانت المسؤولية الطبية عقدية أو تقصيرية بعض الأهمية . ويكفي لإظهارها أن تتبع بإيجاز هذه المراحل التي تمر بها دعوى المسؤولية غير غافلين عن الدفوع التي قد تعترض سبلها .

أولاً — تمهيد وعري المسئلة :

لتحرك دعوى المسؤولية لابد أن يثبت خطأ من المسئول ، فهل هو يسأل عن كل خطأ ينسب إليه ؟

قيل إن المسؤولية التقصيرية يكفي فيها اتفقه أنواع الخطأ ، أما في المسؤولية العقدية فالأصل ألا يسأل المدين إلا عن عناية رب الأسرة المعنى بأمور نفسه طبقاً للادة ١١٣٧ م^(١) . ولو أننا أخذنا بهذه النظرية لكان الأطباء أكثر استهدافاً للمسئولية إن اعتبرت مسئوليتهم تقصيرية^(٢) . وسنرى على العكس أن المحاكم الفرنسية رغم أنها كانت تعتبر

(١) حكمت محكمة النقض الفرنسية في ١٤ يناير ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ — ١ — ١٦ . بإعفاء بض الجبراء من المسؤولية استناداً إلى أن فعلهم وإن أمكن وصفه بأنه خطأ تقصيري إلا أنه لا تتوفر فيه درجة الجسامة اللازمة لاعتباره خطأ تعاقدياً موجباً لمسئوليتهم .

راجع : P. Nègre — La responsabilité civile dans la pratique de la médecine, thèse, 1935, p. 35. Sourdat — Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, No. 655 & 666. Baudry Lacantinerie et Barde — Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligation, t. IV, No. 268. ، بران المرجع السابق ص ٢٧ و ٢٨ .

تارن : بلانش روديه المرجع السابق ص ٢٠٠ ، حيث يقول إن الخطأ التقصيري يحدّد بميزان مجرد والتعاقدي بميزان شخصي . سافاتييه في المسئولية المدنية بند ١١١ والأحكام التي يشير إليها .

(٢) سافاتييه المرجع السابق ج ٢ بند ٧٧٥ آخر ص ٣٩١ و ٣٩٢ وبند ٧٩٠ ص ٤٠٩ ، و Repertoire pratique Belge (E. Brunet & autres), v. art de guérir, p. 406 No. 48.

وراجع في الإشارة إلى أثر تعدد طبيعة المسئولية في درجة الخطأ التي يسأل عنه الطبيب ص مصر ١٩٤١/١/٢٣ علامة سنة ٢٢ ص ٢٥٨ رقم ٨٥ .

مسئولية الأطباء تقصيرية فإنها لم تشدد معهم في التطبيق وإنما اشترطت الخطأ الجسم لقيام مسئوليتهم .

على أن هذه النظرية مرفوضة ^(١) لأنها مبنية على الخطأ بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ ^(٢) ، فالخطأ لا يختلف درجاته وإنما الذي يختلف هو مدى الالتزامات التي تقع على عاتق المدين . وأن كل إخلال بتنفيذ الالتزام يعد من قبيل الخطأ مهما كان التقصير تافهاً إذ الوفاء الناقص ليس وفاء بنقض النظر عن مقدار النقص ^(٣) .

وفضلاً عن ذلك فإنه لا يوجد في القانون ما يفيد هذا التمييز لا في مصر ولا في فرنسا ، فالمادة ١١٣٧ م التي يستندون إليها لا تضع معياراً للخطأ وإنما تنظم محتويات العقد . ولكن ألا يمكن القول بأن التمييز المقول به يجب أن يبقى لا باسم درجة الخطأ ولكن باسم تحديد مدى الالتزام . ففي المسئولية التقصيرية نفس العناية تتطلب من جميع الأفراد بينا مدى الالتزام التعاقدى يختلف حتماً بحسب طبيعة العقود ^(٤) .

الواقع أن العناية المطلوبة من الأفراد في علاقاتهم اللاتعاقدية ليست واحدة كما ادعى أنصار النظرية التقليدية بل بالعكس إنها تتأثر بصفة من تسبب في الضرر ، فالمحاكم تشدد مع من كان إخلاصهم لمهنتهم محل شك كوكلاء الأعمال أو مع من كانت الثقة التي يضمنها فهم الجمهور توجب عليهم عناية أكبر وحرصاً أشد كالموثقين ، وبالعكس يتمتع البعض بمسئولية

(١) بلانيول وريبير المرجع السابق ج ٢ طعة ٣ بند ٨٨٣ ، ديموج المرجع السابق ج ٣ بند ٢٥٦ ، لاكاس المرجع السابق بند ٢٥ ، يتل المرجع السابق ص ١٧ ، Colin et Capitant — Cours élémentaire de droit civil, 7e éd., t. 2, No. ٩٥2. Lalou — La responsabilité civile, 1e édition, No. 163.

(٢) بران المرجع السابق ص ٢٩ بلانيول وريبير المرجع السابق ج ٢ بند ٨٨٤ مزان للمرجع السابق ص ٢٠ .

(٣) جرانغولان للمرجع السابق ص ٤٩ .

(٤) بلانيول في دالوز ١٨٩٢ — ٢ — ٤٥٧ .

جزئية لأن نشاطهم يجب ألا تقام في سبيله العراقيل^(١).

المسؤولية عن فعل الغير :

مسئولية الشخص ليست قاصرة على فعله بل هو مسئول عن فعل تابعيه .
والى عهد قريب لم يكن الفقه يفرق بين المسؤولية التعاقدية والمسئولية
التقصيرية في هذا الصدد ، بل كان يطبق المادة ١٧٤/١٥٢ م ج/١٣٨٤ من
القانون المدني في جميع الأحوال^(٢) .

غير أن مسيو بيكيه^(٣) فرق في المسؤولية عن فعل الغير بين المسؤولية
التعاقدية والمسئولية التقصيرية . فبعد أن أبان أن بعض النصوص عاجلت
المسئولية التعاقدية عن فعل الغير في حالات خاصة وضع نظرية عامة في
المسئولية التعاقدية عن فعل الغير ، فقرر أن المدين في الدائرة العقدية يسأل
عن فعل كل من استعان بهم على تنفيذ التزامه^(٤) .

ويترب على ذلك أن الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين في الدائرة
العقدية غير محددين على سبيل الحصر^(٥) ، بعكس الحال في الدائرة

(١) ليون دينيس في دالوز ١٩٢٠ - ١ - ٣٠ ، بران المرجع السابق ص ٣٣
بند ٢٤٣ ، بلانيول وريبير وسمان المرجع السابق ج ٦ ص ٦٧٥ ، ديوج المرجع السابق
ج ٣ بند ٢٥٦ ، كولان وكايتان المرجع السابق ج ٢ ص ٨ .
راجع مع ذلك برنارد شميل في المجازيت المختلطة ٢٧ ص ٥ . إذ قال تطبيقاً على حكم محكمة
التنض الفرنسية في ١٩٣٦/٥/٢٠ إن هذا الحكم من شأنه أن يلزم الطبيب بأكثر من العناية
التي تتطلبها المادة ١٣٨٢ م . ولنا عود لهذا الموضوع .

(٢) بلانيول وريبير وسمان المرجع السابق ج ٦ بند ٣٨١ ، Aubry et Rau - Cours
de droit civil fr., 5e éd., § 308, No. 33, p. 167.

(٣) Becqué - De la responsabilité du fait d'autrui en matière con-
tractuelle, Revue trimestrielle de droit civil, 1914, p. 251 et s.

(٤) ملازان للمرجع السابق ص ٢٣ ، بران للمرجع السابق ص ٤٤ ، بهجت بدوى أصول
الالتزامات بند ٣٢٢ ؟؟ .

(٥) للمدين يسأل عن كل من تدخل في التنفيذ ، من يحمل عمله أو يساعده ، وأحياناً من
يعيشون معه ، كما هي الحال في عقد الإيجار . بران للمرجع السابق ص ٤٥ .

التقصيرية ، فالأشخاص الذين يسأل عنهم المدين قد ذكرتهم المادة ١٧٤/١٥٢ م ج/ ١٣٨٤ على سبيل المحصر .

وثمة فرق آخر قال به نفر من الشراح خاص باشتراط الإعفاء من المسؤولية عن فعل الغير إذ يقولون إن المسؤولية العقدية يرسم حدودها الطرفان ، فن حقهما أن يقررا إعفاء المدين من المسؤولية في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي الناشئ عن فعل الماعدين . أما في المسؤولية التقصيرية فتبطل هذه الشروط لأن المادة ١٧٤/١٥٢ م ج/ ١٣٨٤ من النظام العام ^(١) . وسرى أن هذا الفرق غير صحيح من أساسه ^(٢) .

وظاهر من هذا التحليل كيف أن تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب يؤثر في مدى مسئوليته عن فعل الغير .

ثانياً - مباشرة دعوى المسؤولية :

من حيث الاختصاص : الأصل أن الاختصاص في الدعاوى الشخصية لمحكمة المدعى عليه أى الطبيب ، لكن القانون الصادر في ١٩٢٣/١١/٢٦ في فرنسا جعل الاختصاص في دعاوى المسؤولية التقصيرية للمحكمة التي حصل في دائرتها الفعل الضار ^(٣) . وقد يضار الطبيب من ذلك إذ يرى نفسه مضطراً للدفاع أمام محكمة غير محكمته (هى محكمة المريض في الغالب) .

(١) يتيكه المرجع السابق من ٣١٨ ، لالو المرجع السابق طبعة أولى بند ٥٢٤ ، بواتيه ١٩١٤/٧/١٣ دالوز ١٨-١٩١٩ - ٢ - ٢٤ .

وراجع تحليلاً دقيقاً لموقف القضاء في بران المرجع السابق من ٤٩ ؟؟ .

(٢) فليس صحيحاً أن المسؤولية التقصيرية لا يجوز الإعفاء منها (ودع فرج - اضافات الاعفاء من المسؤولية - معاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤١ ، بران المرجع السابق من ٥١ و ٥٢ ، جوسران المرجع السابق طبعة ٣ ج ٢ بند ٤٧٤ ؟؟ خاصة ٤٧٨ و ٤٧٩ ، ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ٨٨٢ و ١١٦٨ .

(٣) راجع سافاتيه المرجع السابق بند ١١١ . وليس هناك مثل هذا الاستثناء في القانون المصرى فدعاوى المسؤولية الطبية تخضع للقواعد العامة في تحديد الاختصاص أعنى تختص بنظرها محكمة المدعى عليه .

ويرى البعض أن الوضع لا يختلف إذا اعتبرنا مسؤولية الطبيب عقدية لأن قانون ٦ أبريل سنة ١٩٣٦ عدل المادة ٥٦ من قانون المرافعات الفرنسي بأن جعل الاختصاص في الدعاوى الناشئة عن عقد الاستصناع للحكمة التي حصل في دائرتها الاتفاق (وهي محكمة المريض في الغالب لأن عقد العلاج يتم في منزله) ^(١). وسنرى أن هذا الرأي محل نظر من حيث وصفه عقد العلاج بأنه عقد استصناع.

من حيث آثاره الواجب التطبيق :

المسئولية التقصيرية تخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار ^(٢) وبالعكس المسئولية العقدية تخضع للقانون الذي يتفق عليه المتعاقدان فإن لم يتفقا صراحة على تطبيق قانون معين طبق قانون بلدهما إذا اتفقت جنسيتهما وإلا يطبق قانون البلد الذي حصل فيه التعاقد ^(٣). ومن هنا نرى كيف أن تكييف مسؤولية الطبيب قد يكون ذا أثر في تحديد القانون الواجب التطبيق.

من حيث عبء الإثبات :

لتحديد من يتحمل عبء الإثبات أهمية كبرى لأن الطرف الذي يتحمل هذا العبء مهدد بأن يفقد حقه إن هو فشل في إثبات صحة ادعائه. ويزيد الموضوع أهمية في حالة المسئولية الطبية لأن إثباتها أكثر ما يكون

(١) ساهو المرجع السابق ص ١٨٩ ، لاكس المرجع السابق بند ٢٤ و ٨٨ ، فاك المجلة الاتفاذية سنة ١٩٣٧ المرجع السابق ص ٦٣٣ ، ديفلو المرجع السابق ص ٣٢ ، مازان المرجع السابق ص ٢٥ و ٥٢ ، لالو المرجع السابق طبعة أولى بند ٢٤٢ و ٢٤٦ .

(٢) Despagne et de Boeck — Précis de droit international privé, 5e éd., No. 322.

(٣) المرجع السابق بند ٣٠٣ ، لالو المرجع السابق بند ٢٥٨ .

لارن سافتييه بند ١١٠ حيث يقرر أن المحاكم المروضة أملها الدعوى قد تعتبر قواعد المسئولية من النظام العام تطبق قانونها . وفي هذا للمنى أيضاً هنرى وليون ملزو شرح المسئولية المدنية طبعة ٣ ج ٣ بند ٢٢٣٩ .

مبنياً على عناصر دقيقة متشابهة من الصعب تقديرها أو إتمامة الدليل عليها .
فلا عجب إذن إذا رأينا أن محكمة الإسكندرية الابتدائية بحكمها الصادر في
١٩٤٢/١٢/٣١ قد اتخذت من عبء الإثبات المحور الذي دار عليه بحثها
في تحديد طبيعة المسؤولية ^(١) .

ولقد كان الرأي مستقراً إلى أن صدر حكم النقض الفرنسي في ٢٠ مايو
سنة ١٩٣٦ ^(٢) . على أن المريض هو الذي يتحمل عبء الإثبات . فلما
صدر هذا الحكم قال البعض إن اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية يستلزم حتماً
إعفاء المريض من هذا العبء ، فتي ثبت العقد كانت هناك قرينة على عدم
وفاء الطبيب بالتزامه ، وعلى الطبيب كي يهدم هذه القرينة أن يثبت أنه
راعى اليقظة والحذر في العناية بالمريض ، وما ذلك إلا تطبيق للادة
٢٨٩/٢١٤ م ٣٨٩/ج ١٣١٥ من القانون المدني ^(٣) .

(١) والمحكم غير منشور وقد جاء في حثياته ما يأتي : حيث إنه بالنسبة لمسئولية الطبيب
فإن علماء القانون الفرنسي قد اختلفوا في هل هي مسئولية تعاقدية أو خطئية فقال بعضهم بأنها
تعاقدية مرجعها إلى العقد المبرم بين الطبيب والمريض وعلى ذلك لا يلزم المريض باتبات خطأ معين
في حق الطبيب بل يكفيها إذا أصيب بسوء أن يثبت أن حاله قد ساءت بسبب العلاج التي يشره
الطبيب ، فإذا أثبت ذلك كان الطبيب مسؤولاً إلا إذا أثبت الطبيب خطأ المريض أو القوة القاهرة .
وقال البعض الآخر إن مسئولية الطبيب خطئية أساسها الخطأ والتقصير وعبء الإثبات فيها واقع
على المريض لأن الأصل أن الطبيب لا يلتزم قبل للمريض أن يضمن له السلامة والشفاء وإنما
يلتزم فقط بأن يمين به العناية الكافية وأن يصف له وسائل العلاج وما يرجو به الشفاء من
مرضه وينبغي على ذلك أنه لا يكفي لكي يعتبر الطبيب مخالفاً بالتزامه أن تزداد حالة المريض سوءاً
بل يجب أن يقوم الدليل على أن ما أصاب المريض من سوء كان بسبب تقصير أو خطأ من الطبيب
في العناية أو وصف العلاج . وحيث إن هذه المحكمة ترى الأخذ بالرأي الأخير واعتبار مسئولية
الطبيب خطئية لأن هذا الرأي أقرب إلى العدالة والقانون من الرأي الآخر

(٢) دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ .

(٣) بريجون في سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ تحت هنس ١٩٣٦/٥/٢٠ § ٢
ب . ٢ ، ساهو الأرج السابق س ١٩٨ — ١٩٩ ، البرتو موتيل في الضليق على الأحكام
الإيطالية . المجله الفصلية سنة ١٩٣٥ س ٩٦٦ ؟؟ انظر س ٩٧٧ بند ٤ .
ولقد أخذت محكمة بقور بهذا الرأي إذ قررت في حكمها الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٣٤
جازت بإله ١٩٣٥ — ١ — ٩١٩ بيد أن أقرت مبدأ للمسئولية العقدية للطبيب أنه يكفي =

على أن جورسان يقول في تقريره الذى قدمه فى القضية المذكورة إن
الرأى السابق مبنى على مغالاة ناجمة عن فهم غير صحيح لحقيقة العقد الطبي .
فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم ببذل جهود متفقة مع الأصول
العلمية ، فعلى المدعى أن يثبت إخلاله بهذا الالتزام . وأضاف إلى ذلك
النائب العام ماتر أنه لا شك فى أن المريض هو الذى يتحمل عبء الإثبات
ومن هذه الناحية تحسب تقرب المسؤولية العقابية التى قررتا محكمة إكس
بل تختلط بالمسؤولية التقصيرية التى يدعىها الطاعن فعلى كلا الوضعين يتحمل
المريض عبء الإثبات ^(١) .

== لشغل مسؤولية الطبيب أن يثبت المريض طبقاً للمادة ١٣١٥ م أنه قد تمهد ببلاجه ومن
جهة أخرى ليرى الطبيب نفسه من هذه المسؤولية عليه أن يثبت طبقاً للسادة ١١٤٧ م
تنفيذه لهذا الالتزام .

ورى اسمان فى تحميل الطبيب بعبء الإثبات فى حالة فشل العلاج تطبيقاً صحيحاً للبدأين الذين
قوم عليهما النظرية العامة فى الإثبات فى رأيه وهما مبدأ الاحتمال الكافى ومبدأ أن من يستند
على الوضع الطبيعى لا يلزم بالإثبات (اسمان فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ م ص ٦٢٧)؛ راجع
بند ٨٥٧) فإن عدم شفاء المريض وإن لم يعم دليلاً على خطأ الطبيب إلا أن من شأنه أن يجعل
ادعاء المريض محتمل التصديق فيصبح على الطبيب أن يهدم هذا الاحتمال بإثبات احتمال مفسد
فضلاً عن أنه الأقدر على تبرير سلوكه (اسمان المرجع السابق بند ١٦) .

قرب . ملازو المرجع السابق ج ١ بند ٦٩٤ طبعة ١٩٣٤ .

فازن : حكم محكمة الاسكندرية الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٤٢ بحجتياته المشار إليها فى
المالحش السابق .

عكس فالك — المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ المرجع السابق ص ٦٢٢ وديغلو المرجع
السابق ص ٢٦ .

(١) راجع تقرير جورسان ومرافعة ماتر فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١؛ ووديع فرج
فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤١٥ ، مارتان المرجع السابق ص ١٦٨ ، مازان
المرجع السابق ص ٢١ و ٢٢ و ٤٥ ، ديغلو المرجع السابق ص ٢٦ ، ييلون بتوقيع E.P تحت
تقس ١٩٣٦/٥/٢٠ فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ ، فالك المرجع السابق المجلة الانتقادية
سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٢ ، ملازو المرجع السابق ج ١ طبعة ٣ بند ١٤٨ ، هنرى ملازو فى المجلة
الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ٥٣ ، جورسان المرجع السابق ج ٢ طبعة ٣ بند ٤٩١
ص ٢٩٨ ، ديوج المرجع السابق ج ٦ بند ١٨٠ ، ناست فى دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ .
تقس ١٩٣٩/٥/٢٧ دالوز الانتقادي ١٩٤٠ — ١ — ٦٤ ودالوز الانتقادي لقضاء ==

رقابة محكمة النقض

فيل إنه ليس لمحكمة النقض رقابة على تقدير المحاكم لوجود الخطأ

== سنة ١٩٤١ م ٥٣ وتطبيق ناست م ٥٥ ، La respon- Camermann (M.) — sabilité des médecins, thèse, 1932, p. 36 et s. Lalou — Contrats comportants pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf. D. H. 1931 chron. p. 40.

وأخذ أنصار هذا الرأي بما قال به ديموج من أن عبء الإثبات لا يدور مع طبيعة المسئلة بل يتوقف على طبيعة الالتزام الذى حصل الاخلال به بض النظر عما إذا كان مصدر هذا الالتزام عقداً أو عملاً غير مشروع . وهو من أجل ذلك يحمل محتويات الالتزامات ويقسمها إلى التزامات بنتيجة والالتزامات بوسيلة (ديموج مطول الالتزامات ج ٥ بند ١٢٣٧ و ج ٢ بند ٥٩٩) فالالتزام بنتيجة هو ذلك الالتزام الذى يند فيه المدعى دائته بعبء معين سواء أكان ذلك العبء عملاً أم امتناعاً كالقاول الذى يلتزم ببناء منزل أما الالتزام بوسيلة فهو ذلك الالتزام الذى لا يتعهد فيه المدعى إلا بأن يبذل عناية لتطبيق ما تعهد به دون أن يضمن لمصالح الدائن إلى نتيجة معينة كالطبيب يلتزم بالعناية بالمرضى دون أن يضمن له الشفاء .

وعبء الإثبات في حالة الالتزام بنتيجة يقع على عاتق المدعى فإلا أن ثبت وجود الالتزام وعدم تنفيذه فإنما أراد المدعى أن يخلص من مسؤوليته وجب عليه إما أن يثبت أن عدم التنفيذ لا ينسب إليه وإنما ينسب إلى القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الدائن ذاته أو خطأ شخص يسأل عن فعله الدائن . أما في حالة الالتزام بوسيلة أعنى حالة التزام المدعى ببذل عناية معينة فلا يكتفى من الدائن الذى يدعى أن المدعى لم ينفذ الالتزام على الوجه المتفق عليه في العقد أى الذى أدخل بالتنفيذ — لا يكتفى منه بإثبات الالتزام وإنما يجب على الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن العناية التى بذلها المدعى لا تتفق معى وما كان يجب عليه بذله ، ولا يصل الدائن إلى إثبات ذلك إلا بإثبات تقصير المدعى في التنفيذ أعنى بإثبات خطأ المدعى وأن هذا الخطأ أحدث به ضرراً .

ويرى البعض ممن يأخذون بتقسيم ديموج (دكتور ودع فرج ، معاضراته غير المطبوعة لهم الدكتوراه سنة ١٩٤١ « اتهامات الإعفاء من المسؤولية » وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٢٠ المرجع السابق م ٤١٥ وحشمت أبوسيت نظرية الالتزام في القانون اللبنى المصرى م ٣٠١ بند ٤٣٠) أن الدائن لا يكلف في الالتزام بنتيجة إلا بأن يثبت الالتزام فيفترض الشرع أن المدعى لم ينفذ وأن مجرد عدم قيامه بالتنفيذ ناشئ عن خطئه ولا يتخلص المدعى من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه قام بالتنفيذ فلا أو أن عدم التنفيذ لا ينسب إليه وإنما ينسب إلى القوة القاهرة أو ما يقوم مقامها . وهم في هذا يتفقون مع نص المادة ١٣١٥/٣٨٩/٢١٤ من القانون اللبنى التى تنص على أن من يطلب ديناً عليه لإثباته ومن يدعى براءته من الدين عليه أن يثبت الوفاء أو السبب الذى اختص منه التزامه .

وينتقد إسمان (المجلة الفصلى سنة ١٩٣٣ المرجع السابق م ٦٢٧ ٤٤ بند ١٦) ويريتون ==

التعاقدي بعكس الخطأ التقصيري لأن الأمر في الحالة الأولى يتعلق بتفسير العقد وبتحديد الالتزامات التي يتضمنها وهي مسألة موضوعية . أما في الحالة الثانية فالأمر يتعلق بتحديد مدى الالتزامات القانونية وعلى محكمة النقض أن تسهر على كيفية فهم القانون وتفسيره^(١) .

== (في سري ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ § ٢ ب . ٢) هذا التقسيم بدعوى أن الدين يلتزم دائماً بقاية معينة ، وإلا فالإنسان الذي يوجه نشاطه إلى غير غاية لا يعد عاقلاً . وهذه القاية هي تنفيذ الخدمات التي ينشدها الدائن ومن ثم فإن اللبديء العامة تقضي بأن يحمل الدين عبء إثبات تنفيذ التمتع لذني عن قسه شبهة الخطأ . ونحن نشك جداً في أنه في حالة الالتزام بوسيلة يصح أن يثبت الخطأ بطريق القرائن اعتماداً على تخلف القاية المنشودة من الالتزام إذ القول بغير ذلك ينقل الالتزام بوسيلة إلى التزام بنتيجة ونحن نرى فضلاً عن ذلك أن تطبيق فكرة إيمان وريثون بعيدة عن أن تحقق المصلحة العامة إذ سرعان ما تدفع المحاكم إلى افتراض الخطأ متى ثبت لها أن الضرر ناشئ عن العلاج فيصير الطبيب أمام حالة يضطر معها أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ ما ، وهو عبء تثليل يهدد الطبيب في نشاطه ويجعله يحجم عن مباشرة الحالات التي لا تضمن نتيجة العلاج فيها وفي هذا أكبر الضرر بالمرضى وبالهيئة ذاتها .

قارن : مازوج ١ للرجع السابق طبعة ٣ بند ٦٩٤ وهو يرى ألا مجال لتطبيق المادة ١٣١٥/٣٨٩/٢١٤ م إلا إذا كان التنفيذ ممكناً وكان قصد الدائن الوصول إليه أما إذا كان قصده المطالبة بالتصويض فليس يكفي منه إثبات وجود الالتزام بل عليه أن يثبت عدم قيام الدين بالتنفيذ لأنه إذ يحرك مسؤولية الدين إنما يقيم حقه على دين جديد لم ينشأ عن العقد ذاته وإنما نشأ عن عدم تنفيذه أي عن الخطأ الواقع من الدين ومن ثم لتطبيق المادة المذكورة يتعين على الدائن ، ليثبت أحقيته في التصويض ، أن يقيم الدليل على هذا الخطأ .

ومازوا الذي يمدد برأيه هذا عما كان يقرره في الطبعة الثانية من كتابه (بند ٦٩٤) يسوق تأييداً لرأيه أن المادة ١٣١٥ م إنما تضع نصاً ذا تطبيق شامل لجميع الالتزامات سواء كانت عقديّة أم لا . فلو أنها كانت تضع قرينة على عدم التنفيذ لوجب أن تكون هذه القرينة عامة فتشمل إلى جانب الالتزامات العقدية كل ما عداها من الالتزامات ولم يشك أحد في وجوب استبعاد هذه القرينة في دعوى المسؤولية التقصيرية فيتعين على المجني عليه أن يثبت الخطأ ولا يمكن أن تكون الحال غير هذا في المسؤولية العقدية .

وهو يغفل عما هدم إلى أن الدائن يكلف ، لسك يقضي له بالتصويض ، بأن يثبت وجود الالتزام وعدم تنفيذه . غاية ما هناك أنه إذا كان الدين ملتزماً بواجب النجاة والمخبر ضلحه لإثبات عدم التنفيذ أن يقيم الدليل على إهمال الدين وعدم احتياله ، أما إذا كان الدين ملتزماً بفعل محدد فالدائن يكفيه أن يثبت عدم حصوله على النتيجة المطلوبة .

ولكن قضاء محكمة النقض يتم عن علم الإقرار بهذه التفرقة فهي لا تتحجم عن فرض رقابتها على محاكم الموضوع حتى لا تسعى تحت ستار التفسير إلى إخراج شروط العقد عن مفهومها^(١).

وإذا كان قد عيب على محكمة النقض هذا التدخل فإننا نعتقد أن الصفة المهنية في مسئولية الطبيب وكون تحديد التزاماته لا يرجع فيه إلى الإرادة المشتركة بل إلى العادات والتقاليد المهنية فيما ما يبرر أن تفرض محكمة النقض رقابتها على تحديد الالتزامات المهنية والخطأ الطبي^(٢).

ثالثاً — آثار دعوى المسؤولية :

(١) مدى التعويض : في المسئولية القانونية يسأل الإنسان عن الضرر المترقع عقلاً وقت حصول العقد مالم يكن قد وقع منه غش أو خطأ جسم يلحق بالغش (م ١٢٢/٢٢١ م ج) أما في المسئولية التقصيرية فالإنسان يسأل عن الضرر سواء أكان متوقفاً أم غير متوقع وقت حصول الخطأ.

وقد أعطى الدكتور وديع فرج مثلاً لتصوير هذا الفرق مغنياً تقدم لطبيب لعلاج حنجرته وكان الطبيب يجهل مهنته وفقد المغنى صوته بخطأ الطبيب . فإن اعتبرنا مسئولية الطبيب تقصيرية حملناه مسئولية كل الضرر الذي أصاب المريض باعتباره مقتناً وإن اعتبرناها عقدية وقفت مسئولية الطبيب عند تعويض الضرر الذي ينشأ عن فقد أى شخص عادي لصوته^(٣).

(١) جوسران للرجع السابق ج ٢ بند ٢٤٤ .

(٢) يرى بران للرجع السابق ص ٦٨ أن محكمة النقض ليس لها أن تراقب الخطأ التقصيري منه لأنه مسألة وقائع ومخالفه في ذلك مارتى Marty — La distinction du fait et du droit بند ١٢٨ و ١٢٩ خاصة ص ٢٤٩ إذ يرى في رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ تطبيقاً معروفاً لحقها في الرقابة على التكليف بغير تمييز ، بل هو ينبغي إلى أن رقابة محكمة النقض على الخطأ القانونى أمر مفروع ص ٢٥ هلمش ٢ .

(٣) وديع فرج — مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ للرجع السابق ص ٣٩٢ ، =

على أن مارتان^(١) يميل إلى إلزام الطبيب بتعويض الضرر كاملاً في جميع الأحوال بدعوى أنه يجب أن يلم بأصول مهنته ، فحسن نيته لا يفيد بل هو يعتبر مخطئاً خطأ جسيماً ومن ثم يشبه بالعمد فيسأل عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ونحن لا نقر هذا الرأي^(٢) .

ولقد ألزمت دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية طبيباً بالأضرار غير المتوقعة الناشئة عن حرب إحدى المريضات بالنوروستانيا وكانت قد جعلت تحت إشرافه بوصفه مديراً للمؤسسة حمية فوجدت هاتمة في الطريق وقد تجمدت قدمها وهو ما ترتب عليه بتر إحداها . وما كان لمحكمة النقض أن تعوض عن هذا الضرر غير المتوقع إلا بتقريرها بأنه إلى جانب المسؤولية العقدية يسأل الطبيب تقصيراً وهو ما فعلته^(٣) .

(٢) ضمانات التعويض :

وهناك فرق آخر بين المسئولين له أثره في المسؤولية الطبية هو التضامن بين المدنيين في المسؤولية العقدية لا تضامن إلا بنص^(٤) . أما في

==مازان المرجع السابق ص ٥١ وهو يعطى مثلاً لهذه التفرقة صاحب مصنع يجالجه طبيب بدون أن يعرف صفته ثم يخطئ في علاجه فيموت ، لو اعتبرنا مسئولية عقدية فإنه لا يسأل إلا عن تعويض عادي بعكس ما إذا اعتبرنا مسئولية تهميرية فله أن يحوز الورثة عن مكاسبه أيضاً .
قرب : ساهو المرجع السابق ص ١٩٦ ، روديه المرجع السابق ص ٢٠٢ ، سافاتييه في المسؤولية بند ١١١ ، ديموج الالتزامات ج ٦ بند ١٨١ ، لاكاس المرجع السابق بند ٢٦ ، لالو طبعة ٢ المسؤولية المدنية بند ٧٢ و ٤٩٤ ، بران المرجع السابق ص ٧٢ ، نيجر المرجع السابق ص ٣٦ ، بريتون في سيري ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ § ٢ ، قس عرائض ١/٣٠ سنة ١٩٢٦ دالوز ريبورتوار تحت مسؤولية رقم ٢٣٩ — ١ .

تارن : ديقلو المرجع السابق ص ٣٣ .

(١) المرجع السابق ص ١٣٥ ؟؟

(٢) لاعتبارات سنتولى بيانها فيما بعد .

(٣) جوسران تحت قس ١٤/١٢/١٩٢٦ في دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ .

(٤) تارن فوازيني ص ٣٢١ و ٣٢٢ والأحكام التي يشير إليها ، Voisenet—La faute lourde en droit privé française, (thèse 1934).

المسئولية التقصيرية فالصواب يرجع على من تسببوا في إصابته متضامين بحكم المادة ١٥٠/١٦٩ م ج . فلو تسبب في حصول الضرر للريض أكثر من طبيب واحد وقلنا إن المسؤولية عقدية كانت مسئولية كل منهم عن نصيبه في التعويض مستقلة عن مسئولية الآخرين على حين أن قواعد المسئولية التقصيرية تجعل كلا منهم متضامناً مع الآخرين في المسئولية بحيث يجوز للصواب مطالبة أيهم شاء بكل التعويض^(١) .

رابعاً — الدفوع التي تفرصه قبول الدعوى :

(١) التقادم : رأينا فيما سبق مدى تأثير التقادم الجنائي على الدعوى المدنية فلا محل لإعادة الكلام فيه .

(٢) قوة الشيء المحكوم فيه : استقر القضاء على وحدة الخطأ الجنائي والمدني^(٢) . ومن ثم فالحكم الجنائي يجوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة لدعوى المسئولية التقصيرية .

ولكن يرى نفر من الشراح أن الحال بخلاف ذلك في الدائرة العقدية^(٣) ، فإذا برى الطبيب من جريمة القتل أو الجرح الخطأ فالجني عليه لا يفقد حقه في التعويض إذ ليست هناك وحدة بين الخطأ التعاقدى والخطأ الجنائي ،

(١) في فرنسا تميل المحاكم رغم سكوت النص إلى اعتبار المسئولية التقصيرية موجبة للتضامن بين المسؤولين استناداً إلى عدم جواز تميزتة الخطأ بمكس الحال في المسئولية العقدية لأن التضامن لا يفترض ؛ وهي من أجل ذلك تخرق بين *L'obligation solidaire* و *L'obligation in solidum* .

يران المرجع السابق ص ٨٢ و ٨٣ ، بلانيول وإسمان للرجع السابق ج ٦ بند ٦٨٥ ، بريتون في سبى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ § ٢ ص ٤ ، قضا ١٩/٦/١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ — ٤٢٨ ، ليج ٢١/٦/١٩٠٦ بزيكرزى ١٩٣٦ — ٢ — ٢٠٤ .

(٢) ولنا عود لهذه المسألة فيما بعد .

(٣) ينظر للرجع السابق ص ١١٠ و ١١١ ، لاكس للرجع السابق بند ٢١ ، لالو في الشولية طبعة ٢ بند ٣٩ .

ويترتب على هذه التفرقة أن القاضى المدنى ليس ملزماً بوقف الدعوى إذا كانت الدعوى الجنائية مرفوعة على الطبيب فعلاً .

(٣) اشتراطات عدم المسؤولية : القاعدة العامة لدى أنصار النظرية التقليدية أن المدين له أن يتفق مع الدائن على إعفائه من المسؤولية عن عدم التنفيذ ما لم يقتزن سلوكه بالغش أو الخطأ الجسيم وإلا أصبح الدائن تحت رحمة المدين ^(١) ، ذلك أن المتعاقدين يجب أن تكون لهما الحرية في تحديد مدى مسؤوليتهما كما أن لهما الحرية في تحديد التزاماتهما ، وإذا كانت المسؤولية العقدية مرجعها إلى إرادة الطرفين فيجب أن تتلشى أمام شرط صريح بعدم المسؤولية . وليس الحال كذلك فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فإن اشتراطات الإعفاء منها تعتبر باطلة لمساسها بالنظام العام ^(٢) . وحتى مع التسليم بهذا الفرق ، مع أننا لا نقر بأن المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام ^(٣) ، فهل اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية من شأنه إجازة مثل هذه الاشتراطات .

(١) مازان المرجع السابق ص ٢٤ و ٢٣ ، بلانيول طبعة ١١ المرجع السابق ج ٢ بند ٢٤٥ ، بودرى ويارد المرجع السابق طبعة ٣ ج ١ بند ٣٦٠ ، سالى المرجع السابق طبعة ٣ بند ٣٢٢ ، ريبير القاعدة الخلفية في الالتزامات طبعة ٣ بند ١٣٢ و ٢٨ ، لالو في المسؤولية طبعة ٢ بند ٥١٢ و ٥١٧ ، ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ١١٩٢ ، جوسران شرح القانون المدنى الفرنسى ج ٢ طبعة ٣ بند ٦٢٣ و ٦٢٤ ، ساهو المرجع السابق ص ١٩٢ ، لاكاس المرجع السابق بند ٥٢ ، مازو طبعة ٣ المسؤولية ج ٣ بند ٢٥٢٢ ؟؟ ، ريبير في دالوز ١٩٢٦ — ١ — تحت غضى ١٩٢٥/٧/٢٧ ، Sainctelette — Responsabilité et garantie, p. 17. ، لارومبير في الالتزامات م ١٣٧ بند ١٢ .

(٢) م ٢١٩ من القانون المدنى الحديث ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام في القانون المدنى المصرى ص ٣٠٠ بند ٤٣٠ سانشكلت المرجع السابق ص ١٧ ، لالو المرجع السابق طبعة ٢ بند ٥٠٦ ، بودرى ويارد المرجع السابق ج ٤ طبعة ٣ بند ٢٨٦٩ ، بلانيول المرجع السابق طبعة ١١ ج ٢ بند ٨٨٢ ، مازان المرجع السابق ص ٢٤ ، ريبير في دالوز ٢٦ — ١ — .

Cambuzat — L'irresponsabilité des fautes commises par ceux dont on répond peut-elle être valablement stipulée à l'avance? Revue critique de légis. et de jurispr. 1900, p. 249.

(٣) جوسران المرجع السابق ج ٧ بند ٤٧٨ ، ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ١١٩٩ ، ريبير القاعدة الخلفية بند ١٣٢ طبعة ٣ .

يرى الأخوان مازو أن اشتراطات الإعفاء من المسؤولية غير جائزة إذا كانت منصبة على العث أو الخطأ الجسيم وحتى إذا انصببت على الخطأ التافه متى كان الضرر ماساً بسلامة الشخص أو باعتباره كما هي الحال في الأخطاء الطبية لأن الأشخاص لا يجوز أن يكونوا محلاً للتعاقد ^(١).

ولكن بعض الفقهاء لم يتعرضوا لهذه الاعتبارات وأقروا شرط عدم المسؤولية بالنسبة للأطباء ^(٢) والمحاكم لم تعرض عليها المسألة ولكن أحكامها مطردة على إبطال اشتراطات عدم المسؤولية متى كانت ماسة بسلامة الأشخاص مما يجعل من المحتمل أن تبطل اشتراطات عدم المسؤولية في المسائل الطبية لو عرضت عليها.

ويتضح مما تقدم أنه ليس في اعتبار المسؤولية الطبية عقبة ما يعطى للأطباء ميزة في هذه الناحية ^(٣) ومع هذا فلو أصبح في إمكان الأطباء أن

(١) مازو المرجع السابق طبعة ٣ بند ٢٥٢٩، بران المرجع السابق ص ٩٥، هنري ديوا تحت سين ١٦/٥/١٩٣٥ دالوز ٣٦ — ٢ — ٩ انظر ص ١٢، نيجر المرجع السابق ص ١٥٣ ؟؟، لاكس المرجع السابق بند ٥٣، جوسران المرجع السابق ج ٢ بند ٤٧٥، مازو في دالوز ١٩٣٥ — ٢ — ٤٩، روديه المرجع السابق ص ٢٣٣، ودع فرج محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤١ « أخلاقيات الاعفاء من المسؤولية ».

Jousserand — La personne humaine dans le commerce juridique, Chr., D. H. 1932, p. 1 et s. P. Durand — Des conventions d'irresponsabilité, thèse, 1931, p. 93.

عكس ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ١١٩٨.

ويصل جرافن — في المسؤولية الطبية (رسالة) — يطلان الاشتراطات بأن مسؤولية الطبيب تصيرية، ولو كانت عقبة لكان الاشتراط صحيحاً ص ١٦٦ و ١٦٧.

فلرن مازان المرجع السابق ص ٥٠. وهو يرى أن مسؤولية الطبيب بوصف أنها خفية هي مختلفة بالنظام العام ولا يجوز اشتراط الاعفاء منها، ونفس المعنى في روديه المرجع السابق ص ٢٣٠.

(٢) لالو المرجع السابق طبعة ٢ بند ٥٦١ ؟؟، ديموج المرجع السابق ج ٥ بند ١١٩٨، الدكتور دارتيغ في كتابه Para-chirurgie خلافاً عن مارتان المرجع السابق ص ١٥٢.

فلرن بالمباري Balmery في المسؤولية الطبية (رسالة) ص ٩٧ ؟؟ وهو يقر اشتراط عدم المسؤولية عن الخطأ التافه متى لا يكون جرعة ولا يمس صحة المرضى أو حياتهم.

(٣) لاكس المرجع السابق بند ٥٣ و ٥٤، ساهو المرجع السابق بند ١٩٥.

بشروطوا عدم المسؤولية فإن ذلك لن يحصل عملاً لأن مجرد تطلب هذا الشرط من المريض يفقده الثقة بالطبيب ويجعله يحجم عن تسليم نفسه إليه . وقد وجب الآن أن نعرف — مع هذه الفوارق التي ذكرناها بين نوعي المسؤولية — ومع ما سيكون لهذا التقسيم من الآثار الخطيرة في تحديد الخطأ الطبي كما سيحىء ما إذا كانت المسؤولية الطبية عقدية أو تقصيرية .

في سنة ١٨٣٣ عرض على محكمة النقض الفرنسية موضوع مسؤولية الأطباء فقررت مبدأ المسؤولية معتبرة أن المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ ذواتا تطبيق عام شامل وكان المفهوم بطبيعة الحال أنها اعتبرت بذلك مسؤولية الأطباء مسؤولية تقصيرية ^(١) .

ومنذ ذلك التاريخ والأحكام في فرنسا بدون أن تتعرض للفصل بطريق مباشر في طبيعة المسؤولية الطبية — كانت تطبق عليها بصفة تكاد تكون مطردة المواد ١٣٨٢ وما بعدها ^(٢) .

(١) قض ١٨٣٣/٦/١٨ سبتمبر ١٨٣٥ — ١ — ٤٠١ .

(٢) راجع على وجه الخصوص قض ١٨٦٢/٧/٢١ ، وكذلك المحكين الابتدائي والاستئنافي في خمس القضايا في سبتمبر ١٨٦٢ — ١ — ٨١٧ ، ودالوز ١٨٦٢ — ١ — ٤١٩ ، متر في ٢١ مايو ١٨٦٧ سبتمبر ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ ، دالوز ١٨٦٧ — ٢ — ١١٠ ، محكمة نيس المدنية في ٢٣ يونيو ١٩٠٥ سبتمبر ١٩٠٩ — ٢ — ٣٢١ ، الجزائر في سبتمبر ١٩٠٩ — ٢ — ٣٢١ تحت هامش (ب) ، السين في ٢٩ نوفمبر ١٩١٢ سبتمبر ١٩١٤ — ٢ — ١٥٣ ، باريس ١٦ يناير ١٩١٣ ، دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٢٣٧ ، قض عرائش ١٩١٩/٧/٢١ سبتمبر ١٩٢٢ — ٢ — ١١٣ في الخامس دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ وتطبيق ليون دنيس ، وفي البازيكريزي البلجيكية ١٩٢٠ — ٢ — ٢٢٢ . قض مدني ١٩٢٠/١١/٢٩ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٠٣ سبتمبر ١٩٢١ — ١ — ١١٩ جازيت پاليه ١٩٢١ — ١ — ٦٨ ، باريس ٢٠ نوفمبر ١٩٢٤ جازيت پاليه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ ، الزون ١٩٣٠/١/٣ دالوز الأسبوعي ملخص الأحكام سنة ١٩٣١ — ٣ ، فلانسين ١٩٣٠/١٢/٢٦ سبتمبر ١٩٣١ — ٧ — ٢٢١ ، قض ١٩٣٢/١/١١ سبتمبر ١٩٣٢ — ١ — ١١٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ — ١٣٢ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣ — ٢ — ١١٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ — ٤٥٠ ، قض ١٩٣٣/١٠/٣١ سبتمبر ١٩٣٤ — ١ — ١١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ — ٥٣٧ ، مونتليه ١٩٣٤/٦/٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ — ٤٨٣ .

ولكن في ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ عرض موضوع مسؤولية الأطباء على محكمة النقض من جديد ، لالتقره من حيث المبدأ بل لتحديد طبيعة هذه المسؤولية ، فقررت أن عقد العلاج ، وإن لم يكن في ثناياه التزام من الطبيب بشفاء المريض ، فهو لا يكتفي منه بأن يبذل جهوداً عادية ، بل يقتضيه جهوداً صادقة بقطعة ، صادرة عن ضمير شاعر بمعنى الارتباط بين الطبيب والمريض ، وتكون متفقة مع الأصول العلمية الثابتة إن لم يكن ثمة ظرف استثنائي . وإخلال الطبيب بما أُراده عليه هذا العقد ، ولو غير عايد يوجب مسؤولية من نفس النوع ، أى مسؤولية تعاقدية ^(١) .

وقد استقر القضاء في فرنسا منذ أن صدر هذا الحكم على الاخذ بالاتجاه الجديد الذي اتعاه ^(٢) .

أما القضاء المصري — الأهل والمختلط — فقد جرى على تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على مسؤولية الأطباء والجراحين ^(٣) ، بل إن

(١) نقض ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ سبرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ ، دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ — وهذا الحكم أيد الحكم الصادر من محكمة استئناف لوكس في ١٦/٧/١٩٣١ وهو منشور مع حكم النقض في سبرى .

(٢) برجراك في ٢٤/٢/١٩٣٧ مذكور في ساهو ، المرجع السابق ص ٢٠٤ ، نقض ١٩٣٧/٦/١ سبرى ١٩٣٧ — ١ — ٢٧٠ ، نقض ١٩٣٧/٦/١٥ سبرى ١٩٣٨ — ١ — ٥ ، جازيت پاليه ١٩٣٧ — ٢ — ٤١١ ، نقض ١٩٣٧/٧/١ سبرى ١٩٣٨ — ١ — ٦ ، نقض ١٩٣٧/٧/١٣ سبرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٧ ، جازيت پاليه ١٩٣٧ — ٢ — ٣٨٤ ، السين ١٩٣٨/١/٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ ملخص الأحكام ١١ ، نقض ١٩٣٨/١/١٨ سبرى ١٩٣٩ — ١ — ٢٠١ جازيت پاليه ١٩٣٨ — ١ — ٣١٤ ، باريس ١٩٣٨/٣/١٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ٣٧٧ ، يردو ١٩٣٨/١٠/٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣٩ — ٢٨ ، نقض ١٩٣٩/٦/٢٧ دالوز في انتقاد القضاء ١٩٤١ — ٥٣ ، وتطبيق ناست . ودالوز الانتقادى ١٩٤٠ — ١ — ٦٤ ، نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ دالوز الأسبوعى ١٩٤٠ — ١٢٩ ، ودالوز في انتقاد القضاء ١٩٤١ — ٥٣ وتطبيق ناست .

(٣) محكمة طابدين في ١٢/٢/١٩٠٢ ، حقوق سنة ١٨ ص ٢٩٣ رقم ١٨٢ ، ولقد تأييد من محكمة مصر الابتدائية في ٢٦/٥/١٩٠٣ . محكمة الخليفة الجزئية في ١٣/١/١٩٢٧ =

محكمة النقض في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦^(١)، أعنى في نفس السنة التي صدر فيها حكم النقض الفرنسي الذي أشرنا إليه ، لم تتردد في أن تصف مسؤولية الأطباء بأنها مسؤولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسؤولية التعاقدية .

ومكذا نرى أن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن وجهة نظرها بعد أن اطرد القضاء زهاء المائة عام على اعتبار مسؤولية الأطباء مسؤولية تقصيرية^(٢) ، وبعد أن كان له من الوقت فسحة استطاع أن يضع فيها القواعد الملائمة لهذا النوع من المسؤولية ، فهل كانت هناك اعتبارات قانونية أثرت فيها حتى أخرجتها على قضاء ثابت مطرد ، أم هل تأثرت بأسباب

== حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ، وفي الاستئناف محكمة مصر في ١٩٢٧/٥/٢ المحاكم عدد ١٤٢٩ سنة ٣٩ رقم ٣٧ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ من ٢٠ حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ من ٣٣٧ ، استئناف مصر في ١٩٣٦/١/٢ المجموعة الرسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ من ٢٦٠ محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ من ٧١٣ ، محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٩٣٩/٧/٨ في القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ كلى الاسكندرية (والحكم غير منشور) ، محكمة استئناف مصر في ١٩٤١/١/٢٣ محاماة سنة ٢٢ رقم ٨٥ من ٢٥٨ المجموعة الرسمية سنة ٤٢ من ٥٢١ رقم ٢٦٥ ، محكمة جنابات الاسكندرية في ١٩٤١/٢/٢٥ في القضية رقم ٢٣٤٠ الطارين سنة ١٩٣٨ ، محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٩٤٢/١٢/٣١ في القضية رقم ٢٦٤ سنة ١٩٤٢ كلى .

وفي القضاء المختلط : راجع الأحكام المذكورة في ببطاويروس ج ٧ م ٢١٣ تحت مسؤولية الأطباء ٥٤٨ وكذلك الأحكام المذكورة في داربو بالاجى — تعليقات على القانون للدق المختلط ج ٢ م ٢١٣ من ١٩٩ رقم ٥١٥٠ .

(١) ملحق مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٦ من ٢٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج

١ رقم ٣٧٦ — من ١١٥٦ .

(٢) يرى الأخوان ملازو (ج ١ من كتاب المسؤولية طبعة ٣ تبنة ١٤٨ وكذلك هنري ملازو في المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ من ٦١٢ بند ٥٣) أن المحاكم ، لدى تطبيقها للمادة ١٣٨٢ على مسؤولية الأطباء ، لم تصد الحروج على القواعد القديمة في المسؤولية ، وإنما قصدت تحديد محتويات الالتزام بالعناية التي يقع على عاتق الطبيب ، أو بصير أدق قصدت القول بأن العدد بين المريض والطبيب يفرض عليه واجب اليقظة والحذر تتشأ مع أحكام المادة ١٣٨٢ تبحث فيما اذا كان الطبيب قد تم بسلوكه عن التزام مستوى اليقظة والحذر التي تفرضه المادة ١٣٨٢ دون أن تصد الحروج عن دائرة المسؤولية القديمة .

ترب لالو في المسؤولية المدنية طبعة أولى بند ١٧٠ .

موضوعية ترجع إلى ملائسات القضية التي كانت معروضة عليها. وهل رأيت
محكمة النقض المصرية أن تطرح الاعتبارات التي أثرت في محكمة النقض
الفرنسية مخالفتها في الحل الجديد الذي انتهت إليه .

الواقع أن المسألة جدّة دقيقة . فلا عجب أن ختم النائب العام ماتر
Matter مرافته بقوله ^(١) « ولذا فإنّي أعترف بأنّي ، لا بغير تردد ولا بغير
طول تأمل — سأطلب رفض الطعن ، ولكن أليست هي القاعدة الطبيعية
في جلسائنا أن كل أحكامنا لا تصدر إلا بعد مجهودات طويلة وكثيراً
ما تكون شاقة . فالأحوال تتغير وصعوبات جديدة تعرض وإنه لما يشرفنا ،
نحن رجال القضاء ، أن نذلّها بالعمل والتفكير . »

لماذا ياترى انتهى ماتر Matter بعد طول تردد إلى اعتبار المسؤولية
عقدية ولماذا أبدته محكمة النقض في رأيه وما السرفي تغييرها لوجهة نظرها ؟
هل يرجع ذلك إلى إصرار قضاة الموضوع على وجهة نظره إصراراً
اضطرت معه محكمة النقض إلى النزول على رأيهم ؟

كلاً ، فإن الأغلبية الساحقة من المحاكم كانت تطبق المادتين ١٣٨٢
و١٣٨٣م على الأطباء بغير تحفظ ، بل إن الأحكام الأخيرة طبقت على
الطبيب قواعد المسؤولية التقصيرية دون أن تعني يبحث طبيعة المسؤولية
كما لو كانت المسألة مفروغاً منها ^(٢) .

(١) ماتر — مرافته في قضية النقض الفرنسي في ٢٠/٥/١٩٣٦ في دالوز ١٩٣٦ —
١ — ٩٣ .

(٢) إلى جانب الأحكام التي أشرنا إليها فيما سبق نذكر على وجه الخصوص باريس ١٢
مارس ١٩٣١ سبتمبر ١٩٣١ — ٢ — ١٢٩ دالوز ١٩٣١ — ٢ — ١٤١ ، دالوز
الأسبوعي ١٩٣١ — ٢٥٩ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣ — ٢ — ١١٣ ،
دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ — ٤٥٠ ، باريس ١٩٣٤/٤/١٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ —
٣٢١ ، مونتيلييه ١٩٣٤/٥/٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ — ٤٥٣ ، باريس ٢٩/
١٠/١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ — ٦٠٩ ، مونتيلييه ١٩٣٥/٢/١ سبتمبر ١٩٣٥
— ٢ — ١٤٣ ، سبتمبر ١٩٣٥/٥/١٦ سبتمبر ١٩٣٥ — ٢ — ٢٠٢ ، =

لا شك أن بعض الأحكام اشترطت الخطأ الجسم لقيام المسؤولية ^(١) ، أو على الأقل وصفت الخطأ المنسوب إلى الطبيب بأنه جسم ^(٢) ، ولكن هذه الأحكام في الغالب ، إذ تشترط الخطأ الجسمي ، تقر بأنه في الواقع لم يرتكب خطأ ما أو تحكم على الطبيب بالمسؤولية عن خطئه الجسمي ، وهو ما لا يستتبع بتاتا أنها كانت ترفض الدعوى لو أن خطأ الطبيب كان تافهاً ^(٣) .

ولعل الذي قصدت إليه المحاكم من اشتراط الخطأ الجسمي ألا يتسرع القاضى في تلمس أسباب الخطأ من سلوك الطبيب الذي لم يوفق في العلاج ، بل عليه أن يتبين ما إذا كان خطؤه تبرره الظروف أو النقص في العلوم الطبية ، فالطبيب محتاج إلى حرية واسعة لمباشرة فنه ، ويجب ألا نفقده ثقته بنفسه ^(٤) ، وإلا هددنا التقدم العلمى ، وظاهر أن المسألة مرجعها إلى مدى الالتزام لا إلى جسامه الخطأ .

وجملة القول أن قضاء محاكم الموضوع كان متمشياً مع وجهة نظر محكمة النقض تماماً ، وإن خرجت بعض أحكام نادرة على هذا القضاء المطرد وقررت أن مسؤولية الطبيب عقدية ^(٥) .

= دالوز ١٩٣٦ — ٢ — ٩ ، دالوز الأسبوعى ١٩٣٥ — ٣٩٠ ، باريس ١٩٣٥/٦/١
سرى ٣٥ — ٢ — ٢١٣ ، دويه ١٩٣٦/٥/١٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٤٣٦ .

(١) إسباليون في ١٠/١٠/١٩٣٢ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٥٩٧ ، دويه ٢٤ يناير ١٩٣٣ سرى ١٩٣٣ — ٢ — ٢١٣ ، دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ ملخص الأحكام ٣ .

(٢) مونتيليه ١٩٣٤/٥/٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٤٥٣ .

(٣) ولنا عود لتناقض هذه المسألة لدى دراسة ركن الخطأ .

(٤) إيمانويل ليثى : السئولية والقصد ، المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٣٦١ .

(٥) فضلا عن الحكيمين الصاعدين من محكمة مرسيليا في ٥ مايو سنة ١٩٣٠ (دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ — ٣٨٩) ومحكمة إكس في ١٦/٧/١٩٣١ (في نفس القضية التي عرضت على محكمة النقض سرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ دالوز الهورى ١٩٣٢ — ٢ — ٥) فان هناك بعض أحكام قدوت أن هناك عقداً بين الطبيب والمريض ، ورببت عليه مسؤولية =

فهل يرجع حكم محكمة النقض إلى اتجاه فقهي جديد لم تستطع محكمة النقض أن تتحده؟ قيل ذلك ؛ ولكن هذا القول محل نظر ، ففي القرن التاسع عشر كانت النظرية التقصيرية هي السائدة ^(١) وإن كان للنظرية

== عقدية . من ذلك حكم يزانسون في ١٩٣٣/٣/٢٠ دالوز الأسبوعي ٣٣-٢٩٢ جازت باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٦١٨ ، فان مريضاً طالب بالتعويض عن قرحة أصابه ، نتيجة علاجه بالأشعة فدفع الطبيب الدعوى استناداً إلى سقوطها بالتقدم الثلاثي عملاً بالمادة ٦٣٨ تحقيقاً لجانها فرفضت محكمة استئناف يزانسون هذا الاستناد مشيرة إلى وجود عقد كاساس للعلاقات القانونية بين الطبيب والمريض وأن التقدم من ثم يكون ثلاثين سنة .

ولقد أخذ حكم بقور في ١٩٣٤/١٢/١٩ (جازت باليه ١٩٣٥ - ١ - ٩١٩) بالنظرية الصاغية أيضاً إذ جاء في حثياته ما يأتي : - - من حيث إنه فيما عدا استثناءات فادرة تكون مسؤولية الأطباء عقدية لاذ الضرر الذي يتعمله المريض ناتج عن عدم تنفيذ التزام ناشئ من عقد ذي طبيعة خاصة بينه وبين الطبيب . ويمكن لأن هم المسؤولية على عاتق الطبيب أن يثبت للمريض ، طبقاً لنص المادة ١٣١٥ م ، أن الطبيب الذي يشكو من سلوكه قد تصد بهلاجه ؛ ومن جهة أخرى على الطبيب أن يثبت طبقاً للمادة ١١٤٧ م تنفيذ هذا الالتزام حتى تندفع عنه المسؤولية .

ومن حيث إنه فيما يتعلق بتنفيذ هذا الالتزام فانه متى تبين للقاضي على وجه التأكيد أن الطبيب ارتكب خطأ ما مهما كانت جسامته ف عليه أن يلزم من ارتكبه هذا الخطأ بالتعويض عن نتائجه وبناء على هذه الأسباب حكمت بأن الطبيب مسئول مسؤولية عقدية

راجع أيضاً في الأخذ بالنظرية العقدية : أميان ١٦ نوفمبر سنة ١٨٥٧ مذكور في ساهو المرجع السابق ص ١٤١ ، يو ١٩٠٠/٥/١ سيري ١٩٠٠ - ٢ - ٣٠١ دالوز ١٩٠٢ - ٢ - ٣٣ ، سين ١٩٣٢/٦/٣٠ في ساهو المرجع السابق ص ١٤١ ، استئناف رين في ١٩٣٤/١١/١٤ جازت باليه ١٩٣٥ - ١ - ١٠٤ .

(١) مرافعة Dupin أمام محكمة النقض في قضية توريه نوروي في ١٨/٦/١٨٣٣ سيري ١٨٣٥ - ١ - ٤٠١ دالوز الأجنبي ج ٣١ ص ٥٥٩ ، أوبري ورو طبعة خامسة بواسطة بارنان ج ٦ بند ٤٤٦ ص ٣٧٣ وج ٤ بند ٣٤٤ ص ٥٣٣ ، وجيوارد Onillouard طبعة ٣ الإيجار ج ٢ بند ٦٦٦ خاصة ص ٢٦٣ ، ديغولومب العقود والالتزامات ج ٨ ص ٤٦٩ بند ٥٣٩ ، لاروميير الالتزامات طبعة ١٨٨٥ ج ٧ ص ٥٤٨ بند ١٥ (ومع ذلك فارد بند ٩ ص ٥٤٢) . ييدان Boudant القساون للدني طبعة أولى العقود والالتزامات بند ١١٨٧ ، عكس لوران طبعة ٤ مبادئ القانون للدني ج ٢٠ بند ٥١٦ ص ٥٥٨ ؟ خاصة ص ٥٦٠ ، هوك Huc في التعليق على القانون للدني ج ٨ بند ٤١٩ .

التعاقدية أنصارها . ولكن في القرن العشرين لا يسدو أن موقف الفقه أصبح هكذا واضحاً .

حقاً إن كثيراً من الشراح يقرون مع محكمة النقض منذ سنة ١٨٣٩^(١) بوجود عقد بين الطبيب والمريض ، بل يناقشون نوع هذا العقد ، ولكنهم يتحفظون بالنسبة لطبيعة المسؤولية . ولئن كان أشد المتحمسين للنظرية التقصيرية يقرون صحة النظرية التعاقدية في بعض الفروض كحالة رفض العلاج بعد التعمد به أو هجر المريض بغير مبرر قوى ، فإن الحال لا تزال كما هي ولن يستطیع أحد أن يدعى أن النظرية التقصيرية أصبحت مستبعدة من جميع رجال الفقه^(٢) .

(١) قض عرائس ٢١ أغسطس ١٨٣٩ سبى ١٨٣٩ - ١ - ٦٦٣ .

(٢) راجع في الأخذ بالنظرية التقصيرية : نيجر المرجع السابق ص ٤٧ ؟؟ خاصة ص ٥٧ ، بومبول Pommerol المسؤولية الطبية أمام المحاكم ص ١٨ ، ناست Nast في دالوز ١٩٣٢ - ٢ - ٥ ، ساهو المرجع السابق ص ٣٠ ، مارتان المرجع السابق ص ١٧٤ ، يتتل المرجع السابق ص ١٥ ؟؟ خاصة ص ٢٣ ، La responsabilité chirurgicale et opératoire ، par Rallier (thèse) p. 38. جاردنا ويريتشي — المسؤولية المدنية ص ٣٧٧ ، — La loi Contrats comportants pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf. D.H. 1934, Chronique, p. 37, 39 et 40.

ومن فقهاء المصريين مصطفى بك صرحي المسؤولية المدنية طبعة ٢ بند ٧٠ ص ٦٢ ، وعبد الرزاق السنهوري بإشاً الموجز في الالتزامات بند ٣١٨ ص ٣٣١ .

ومع ذلك راجع في الأخذ بالنظرية التعاقدية سافاتييه في المسؤولية المرجع السابق ج ٢ بند ٧٧٥ ص ٣٨٩ ؟؟ ، مازو في للمسؤولية المرجع السابق طبعة ٣ بند ١٤٨ ، ٥٠٨ ، لالو في المسؤولية المرجع السابق طبعة ٢ بند ٤٢٢ ص ٢٣٣ وطبعة أولى بند ١٦٦ و ١٦٧ ص ١٠٩ ، تحرير جوسران أمام محكمة النقض في ١٩٣٦/٥/٢٠ دالوز ١٩٣٦ - ١ - ٩١ ؟؟ ، مذكرة مائر أمام محكمة النقض في ١٩٣٦/٥/٢٠ دالوز ١٩٣٦ - ١ - ٩٣ ؟؟ ، ليون دنييس Léon Dénissé في دالوز ١٩٢٠ - ١ - ٣٠ راجع الصود الأول ص ٣١ ، فالك المجلة الاتحادية سنة ١٩٣٧ المرجع السابق ص ٦١٨ ، بلانيول وإسمان المرجع السابق ج ٦ بند ٥٢٤ ، جوسران شرح القانون للدق طبعة ٣ ج ٢ بند ١٢٨٧ و ٤٩٠ ص ٢٩٦ و ٢٩٧ ، ديوج في الالتزامات ج ٦ بند ١٨١ ص ١٨٧ وفي المجلة اتقضية سنة ١٩٣٦ ص ٦٩٢ ، ديغلو المرجع السابق ص ١٠ ؟؟ ، لاكلز المرجع السابق بند ٣٥ ، برزيتون في سبى ١٩٣٧ - ١ - ٣٢١ § ٨ ، مازان للمرجع السابق ص ٣٢ ؟؟ ، هوجيني Hugueney =

فهل كانت محكمة النقض إذن مدفوعة بالرغبة في تفويت سريان التقادم الثلاثي على الدعوى المدنية .

لا يبدو أن هذا أمر محتمل . حقيقة أن النائب العام ماتر أبرز ما في الحل الجديد من مزايا عملية ، وأبان أن مدة التقادم الثلاثيني تناسب الواقع ، لأن النتائج السيئة لبعض أنواع العلاج قد لا تظهر إلا بعد فترة غير وجيزة من الزمن ، ولكن يبدو مع ذلك أن الحل الذي توجبه النظرية التعاقدية ليس موفياً من كل ناحية ، فإذا كانت دعوى المريض قبل الطبيب أصبحت لا تسقط إلا بمضي ثلاثين سنة ٢٢٦٢ م فإنه يبقى مع ذلك — كما لاحظ المحامي المترافع في الطعن — أن دعوى الطبيب قبل المريض تسقط بمضي سنتين لحسب م ٢٢٧٢ وهو ما يظهر عدم التكافؤ .

وما كان لنا إلا أن نشكك في أن يكون الدافع على تغيير محكمة النقض لوجهة نظرها ، هو مجرد الرغبة في تطبيق التقادم الثلاثيني ، بعد أن قرر ييلون — وقد كان المقرر في هذه القضية أمام دائرة المراض — أن ملاسبات الدعوى كانت أبعد ما تكون ملازمة لفكرة المسؤولية العقيدية (١) .

ونحن لا نظن أن محكمة النقض قد قصدت إلى تحقيق أغراض أخرى ،

== في النفرة الطبية الصرعية سنة ١٩٢٨ م ١٢٣ ، دونديو فايير في النفرة الطبية الصرعية *Annales de medecine legale* سنة ١٩٣١ م ٤١٢ ٤٤ و ٧٢٠ ويلاحظ أنه مع اعتباره مسؤولية الطبيب عقيدية يقر بجواز تطبيق المادة ١٣٨٢ عليها .
قرب من ذلك بران بند ٢٤٠ ٤٤ من المرجع السابق ، برو Bru المسؤولية المدنية للأطباء رسالة سنة ١٩١١ م ٧٦ ٤٤ ، بول ديران P. Durand اختلاطات الاعفاء من المسؤولية بند ٥٦ .

ولقد أخذ بالنظرية العقيدية في مصر محمد علي امام مسؤولية الصراف عن الودائع — رسالة بند ١٣٩ م ٣٣٨ ٤٤ ، دكتور وديع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ م ٣٩٠ ٤٤ خاصة ٣٩٥ و ٣٩٦ ، دكتور سليمان مرهس — مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ م ١٦٢ ٤٤ خاصة م ١٦٥ ، حمت أبو ستيت نظرية الالتزام في القانون المدني المصري بند ٤٣٧ م ٣٠٥ .
(١) ييلون بتوقيع E. P. في دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ ٤٤ .

فمن حيث مدى المسؤولية وعبه الإثبات ، لا يبدو أن محكمة النقض أرادت التجديد . وإذا كانت فيما وراء ذلك مستعدة للقول بأن المسؤولية التعاقدية تؤدي إلى غير النتائج التي تؤدي إليها المسؤولية التقصيرية ، فهي نتائج غير شك ذات أهمية قانونية .

ولقد حاول جوسران في تقريره ، وبنوع خاص في بحث لاحق عن الاتجاهات الحالية في نظرية العقد ^(١) ، أن يقرب بين النظرية العقدية في المسؤولية الطيبة ، والاتجاه العام في الفقه والقضاء ، إلى التوسع في فهم محتويات العقد وفي أحوال المسؤولية العقدية ^(٢) ، وهو اتجاه حمل عليه جوسران ^(٣) نفسه وانتقده كثير من الشراح ^(٤) ، ومع ذلك فهناك اختلاف جوهري ما بين الأحوال التقليدية التي أحلت فيها محكمة النقض المسؤولية العقدية محل المسؤولية التقصيرية وبين حالتنا . ففي جميع الأحوال التقليدية ، كانت محكمة النقض ترى إلى رفع عبه الإثبات عن عاتق المجني عليه ، وبقيت الاعتبارات النظرية في المرتبة الثانية من تقديرها . أما في موضوع المسؤولية الطيبة ، فإنه على العكس كان تطور القضاء من هذه الناحية — إذا جاز لنا التعبير — من قبيل التبرع ، فهو إحساس بالواقع وإبراز للحقيقة ، وذلك ما دفع محكمة النقض إلى تعديل سلوكها ، فهي لم تفعل أكثر من النزول على حكم الواقع .

(١) دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١ ؟؟ المحلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ١ ؟؟ أنظر بند ١٠ ؟؟ خاصة ١٢ ، شرح القانون للدني ج ٢ طبعة ٣ بند ٤٩٠ ، دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٨ المود الأول فقرة ٢ قرب يولون في المرجع السابق .

(٢) غارن اسمان في المحلة الفصلية سنة ١٩٣٤ . ثلاث مسائل في المسؤولية المدنية ص ٣١٧ ؟؟ أنظر بند ٢١ ص ٣٤٩ حيث يبرر هذا الاتجاه بأن المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كلاهما تطبيق لنظام عام واحد في المسؤولية .

(٣) في دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٧ أنظر ص ١٨ اجتلاء من منتصف المود الأول ؟؟ وفي كتابه في القانون المدني طبعة ٣ ج ٢ بند ٤٩١ .

(٤) ريبير النظام الديموقراطي والقانون المدني الحديث بند ١٦٨ ؟؟ خاصة بند ١٧٠ و ١٧١ .

وخلاصة ما في حكم محكمة النقض ، أنها قررت أن بين الطبيب والمريض عقداً يلزم الطبيب بعلاج المريض ، وكل إخلال بهذا الالتزام يوجب مسؤولية عقدية .

والشطر الأول من تدليل محكمة النقض لم يكن محل نزاع جدى من أنصار نظرية المسؤولية التقصيرية ، ومع ذلك فقد نازع أوبرى وروفي أن العلاقات بين الطبيب والمريض يمكن وصفها بأنها تعاقدية ، ذلك أن تصرفات أرباب المهن لا يمكن أن تكون مورد عقد ، على معنى أن من وعد بها ليس ملزماً بتنفيذ وعده ، فهذه التصرفات لا تقدر بمال ومن ثم فإنها لا تكون بطبيعتها إلا عملاً من أعمال المجاملة من قبل من وعد بها ^(١) .

وهذا الرأى غير مقبول ^(٢) ، بل لا يمكن فهمه إلا تاريخياً فإكان شراح القانون قديماً يفترضون وجود عقد بين الطبيب والمريض ، لأن إخصاع أرباب المهن الحرة لقيود العقديف — على ما يرون — تحقيق لهذه المهن ونزع لأخص صفاتها .

على أن التفاوت بين المهن ليس له الآن ما يبرره فكل الأعمال مهما كانت طبيعتها لها كرامتها ، والميزة الوحيدة للمهن الحرة ، ترجع إلى الدراسات الطويلة الشاقة وإلى مستوى الثقافة التى تتطلبها ^(٣) ، ثم إن القول بأن خدمات الطبيب لا يمكن تقديرها بمال فقد قيمته ، بدليل أن الأطباء

(١) أوبرى ورو للرجع السابق طبعة ٥ ج ٤ بند ٣٤٤ ص ٥٢٣ ، نجر للرجع السابق ص ٥٥ .

(٢) ساهو للرجع السابق ص ٣٧ ، لاكس للرجع السابق بند ١٣٩ ، جرافن للرجع السابق ص ٨٣ ، بلانز روديه للرجع السابق ص ١٩٢ ، هوجينى النشرة الطبية العرعية سنة ١٩٢٨ ص ١٢٣ ، برو للرجع السابق ص ٤٥ ؟؟ دالوز تحت الحكم الصادر فى ١٩٠٩/١٢/٣ فى دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٧٣ تحت رقم ١ .

(٣) Abel — La responsabilité civile des médecins (thèse 1936) p. 51. (٣)

أنفسهم لا يحجمون عن المطالبة بأنعامهم^(١) .

ولقد نازع البعض في وجود العقد الطبي من وجه آخر فقالوا إن مورد العقد الطبي لو أقرنا بوجوده هو حياة الإنسان وليست حياة الإنسان محلاً للتعامل ، بل ليس من حق المريض أن يضع حياته في يد شخص كائناً من كان ولو كان طبيباً يتصرف فيها كيف يشاء^(٢) .

وهذا المنطق فاسد من أساسه^(٣) وغير صحيح في تدليله ، ذلك أن محل العقد الطبي أن تعلق بحياة الإنسان فهو ليس وعداً بحفظها وإلا كان الطبيب مسؤولاً دائماً عن وفاة مرضاه ، وهو أمر غير معقول ، ولم يدر في خلد إنسان أن يحمله هذه المسؤولية ، فالطبيب لا يعد بنتيجة مؤكدة وإنما يتعهد قبل المريض بأن يكرس جهوده لعلاجهم ولتخفيف آلامهم . ولقد قرر القضاء في مناسبات متعددة أنه لا يصح تقدير الحكم على الطبيب بحسب نتيجة مجهوداته ، ولا يمكن أن يعتبر سبباً لمسئوليته ، كون المريض لم يحسن من العلاج الفائدة التي كان ينتظرها^(٤) ، إذ أنه لا يسأل عن نتيجة تتضافر على تحقيقها عناصر مختلفة من سن ووراثة وعادات وطبيعة المرض وخطورته^(٥) .

وإذا كان من حق الطبيب أن يعد بأكثر من مجرد بذل العناية بالمريض فيتحمل بذلك تبعة أخطار العلاج^(٦) فإن محل التزامه يبقى في جميع الأحوال فعلاً مشروعاً إذ أنه لا يعدو جهوداً يبذلها في سبيل شفاء المريض . ولا يصح أن يقال إن المريض بتعاquه مع الطبيب قد تنازل عن حقه

(١) مازان المرجع السابق ص ٣٤ .

(٢) نيجر المرجع السابق ص ٤ و ٥ .

(٣) ساهو للمرجع السابق ص ٣٩ و ٤٠ .

(٤) باريس ١٩٣٤/١١/٢٠ جازيت پاليه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ .

(٥) ريوم ١٩٢٩/٢/٥ جازيت پاليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٩ .

(٦) وسفري للنقائص التي دارت حول مشروعية هذا الالتزام فيما بعد .

في التصرف في جسمه وهو غير جائز للمريض يحتفظ بهذا الحق بدليل أنه يشترط أن يحصل الطبيب على رضائه إن كان من شأن العلاج الذي يباشره أن يهدد حياته أو سلامة أعضائه ، فعقد العلاج إذن له محله المشروع ، وهو دفع الأجر من جانب المريض وبذل العناية من جانب الطبيب .

والمحاکم لم تقف عند هذه الاعتراضات ، بل أقرت وجود العقد الطبي منذ القدم ، وإن كان إقرارها بوجوده كان بشأن مطالبة الطبيب بأتمائه^(١) لا بخصوص دعوى المسؤولية المرفوعة عليه .

أما الشرط الثاني من تدليل محكمة النقض فبناءً أن العقد الطبي يوجب على الطبيب عناية من نوع خاص فإن هو قصر في القيام بها كانت مسؤوليته تعاقدية ونحن نعرف جيداً أنه لا يكفي أن يكون هناك عقد لتكوين المسؤولية عقدية بل يجب أن يحصل إخلال بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عنه^(٢) فكل مسألة خاصة بالمسؤولية العقدية ، تفترض ابتداء تحديد مدى الالتزامات التي ينشأها العقد^(٣) ، فإلى أن تتعرف طبيعة المسؤولية يجب أن نحدد الالتزامات التي ينشأها عقد العلاج . فعلام ينصب عقد العلاج ؟

(١) قض ٢١ أغسطس سنة ١٨٣٩ سبري ١٨٣٩ — ١ — ٦٦٣ ، قض ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ — ٢٠٢ .

قرب في الإقرار بوجود عقد بين الطبيب والمريض . محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٥ مايو سنة ١٩٣٧ جازت المحاکم المختلطة سنة ٢٩ س ٣٤٦ رقم ٤٢٨ .

(٢) ومع ذلك يميل ديوج (المجلة القضائية سنة ١٩٢٣ س ٦٥٧ الفقرة الأخيرة وما بعدها) إلى اعتبار المسؤولية عقدية ، متى كان الفعل الصادر قد ارتكب بمناسبة العقد ولو لم يكن إخلالاً بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عنه .

(٣) مازو طبعة ٣ المرجع السابق ج ١ بند ١٠٥ ، هنري مازو المجلة القضائية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ١٠ س ٥٦٩ ، ديوج المرجع السابق ج ٥ بند ١٢٤٣ ، بلائيول ريبير المرجع السابق طبعة ١٢ ج ٢ بند ٨٨٤ ، بلائيول إيمان المرجع السابق بند ٨٣٣ ؟؟ خاصة س ١٢٩ ، جاردنا وريتقي المرجع السابق س ٣ بند ٤ ، يتل المرجع السابق س ١٥ ؟؟ ، مازان المرجع السابق س ٣٢ .

وفرق بران المرجع السابق بند ١٧٤ ؟؟ بين عتويات العقد وعتويات الالتزام .

قيل إنه ينصب على اتفاق مشروع بين الطبيب والمريض على بذل عناية في مقابل أتعاب ، فالتطبيق الصحيح للقواعد الطبية لا يدخل في عداد الالتزامات التي ينشأ عنها عقد العلاج^(١) ومن ثم فمسئولية الطبيب لا تكون عقابية إلا في حالتين :

أولاً — حالة رفض العلاج بعد التمسك به ، ومثال ذلك حالة الطبيب الذي يتفق مع صاحب مصنع على علاج عماله ثم يرفض بعد ذلك علاج أحدهم^(٢) ، أو الطبيب الذي يتقاضى أجراً ثابتاً مقابل الخدمات التي يقدمها في المستشفى ثم يرفض علاج أحد المرضى الذين قبلوا فيه .

وفي سنة ١٨٩٩ قال الأستاذ برواردل إن الطبيب الذي يبعد امرأة بتوليدها مسئول عن التعويضات اللازمة إن هو لم يتقدم لمعوتها في الوقت الملائم فإذا حصل أن كان وقت طلبه مشغولاً بولادة أخرى فعليه أن ينب عنه زميلاً في إجراء التوليد^(٣) .

والمحاكم لا تردد — تمسكاً مع ما أسلفنا — في الحكم بالتعويض على رجل الفن الذي يتأخر عمداً عن إجابة طلب المريض فيفوت عليه فرصة الشفاء^(٤) ، وإن كانت لا تغفل في ذلك قواعد المسؤولية عموماً ، فهي تشترط قيام الدليل على الضرر وعلاقة السببية^(٥) .

(١) راجع في ذلك وجهة نظر الدكتور نيولا في الطعن الذي قدمه ضد حكم استئناف أكس في ١٦/٧/١٩٣١ سبتمبر ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ وقاله المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٠٩ ؟؟ أنظر ص ٦١٦ .

قرب ساهو للرجع السابق ص ١٦٣ و ١٧١ وص ٢٥ ؟؟ خاصة ص ٣٠ .

(٢) يو ٣٠/٦/١٩١٣ سبتمبر ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ .

(٣) بروواردل مذكور في ساهو للرجع السابق ص ٧٦ .

(٤) أميان ١٦/١١/١٨٥٧ مذكور في ساهو للرجع السابق ص ٧٧ .

(٥) يو في أول مايو سنة ١٩٠٠ سبتمبر ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ دالوز ١٩٠٢

— ٢ — ٣٣ .

ثانياً — حالة هجر المريض . فقد يترتب على هجر المريض أثناء العلاج أن تتعرض حياته للخطر ، لذلك كان الطبيب ملزماً بإتمام العلاج ، لأنه أوجب على نفسه هذا الالتزام بالعقد الذى أبرمه مع المريض ، ومن ثم فالطبيب الذى يهجر المريض يعتبر مسئولاً ومسئولته فى ذلك عقدية ^(١) .

وهذا هو رأى ناست حيث قال : إنه إذا كان الطبيب ملزماً تعاقدياً ببذل عناية فهذا أمر لا شك فيه لأن موضوع العقد الطبي هو علاج المريض ومن ثم فالطبيب يرتكب خطأ تعاقدياً إن هو رفض بذل العناية التى وعد بتقديمها أو إن هو هجر المريض أثناء العلاج بغير مبرر جدى ^(٢) .

ولقد أيدت محكمة استئناف ليون هذا الرأى فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ ^(٣) حيث قررت أنه إذا كان هناك عقد بين الطبيب والمريض ، يلزم الطبيب ببذل عناية والمريض بدفع الأجر ، فإن المسئولية لا تكون عقدية إلا إذا حصل إخلال بأحد هذه الالتزامات بأن لم يبذل الطبيب العناية التى تعهد بها أو قطعها بغير مبرر قوى ، أما فى حالة فشل العلاج فإذا كان راجعاً إلى خطأ من جانبه فإن هذا الخطأ لا يعتبر إخلالاً بالالتزام تعاقدياً وإنما يعتبر إغفالا للواجبات المهنية التى يفرضها الفن الطبي أو بعبارة أخرى خطأ تقصيرياً .

(١) ٣٠ يونه ١٩١٣ سبرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ .

(٢) ناست فى دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ ، ساهو الرجع السابق ص ٤٤٧٥ ، يتلر المرجع السابق ص ٢٧ .

قرب راليه المرجع السابق ص ٣٨ .

فان يلون فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ ٤٤ حيث يقول ان العقد الطبي لا يمكن أن يستغرق جميع الأحوال التى يسأل فيها الطبيب . فالقصد يوجب على الطبيب عناية صادقة يفتة متفقة مع الأصول الطبية الثابتة وفى هذه الحدود فقط تكون مسئولته عقدية . أما اذا خرج الطبيب عن دائرة القصد ليجرى عملية أو لطبق علاجاً تبرر مخاطره حالة ميثوس منها ففى هذه الحالة لا شك أن مسئولته تقصيرية .

(٣) محكمة استئناف ليون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جليزيت پاليه ١٩٣٥ — ١ —

والغريب في هذا الحكم أنه يسلم بوجود عقد يلزم الطبيب بالعلاج دون أن يلزمه بمحد أدنى من العناية في إجرائه ^(١). وهكذا كما يقول فالسيني إزاء الالتزام محتمل من الطبيب يوجد التزام بات من المريض ناشئ عن اتفاق وهو ما يظهر عدم التوازن ^(٢).

ولقد قيل في تأييد هذا الرأي ، إننا وقد جعلنا العقد الطبي يتضمن الالتزام بتقديم عناية صادقة نيرة حذرة ، وأقررنا في نفس الوقت أن كل إخلال بهذا الالتزام ، يكون جريمة جنائية ، فإننا نصل حتماً إلى اعتبار الطبيب ملزماً بموجب العقد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر معين ؛ فأى قيمة لمثل هذا الاتفاق ؟ وهل مما يتفق مع النظام العام أو الآداب أن يكون من حق الطبيب المطالبة بأتمائه لأنه امتنع عن ارتكاب جريمة ^(٣) ! الواقع أن الالتزام بما يرضى الضمير وما يتفق هو والأصول العلية لا يمكن أن يكون التزاماً تعاقدياً .

وظاهر ما في هذه الحجة من مغالطة فالطبيب يستحق الأجر على عمل تمهد بالقيام به على نحو خاص وهو وضع مشروع من غير شك أما أن القانون رتب جزاء على إهماله في القيام بالتزامه فليس معناه أن سبب استحقاقه للأجر هو تمهده بالامتناع عن جريمة ، فثله في ذلك مثل المودع لديه يلتزم برد الوديعة والتزامه لا شك مشروع وإن كان القانون قد اعتبر الإخلال به خيانة أمانة .

ولكن أنصار المسؤولية التقصيرية عمدوا إلى حجج ثلاث لتأييد رأيهم :

الأولى — كونه المسؤولية الطبية ذات صفة فنية

فسواء ارتبط الطبيب بعقد أم لا فهو ملزم بأن يرضى واجب الضمير

(١) ملزمان المرجع السابق ص ٤٠ .

(٢) فالسيني Faldmaigne تحت نص ٣ مارس ١٩٢٦ في دالوز ١٩٢٧ — ١ —

٩٣ عمود ٢ .

(٣) ساهو المرجع السابق ص ٢٠٩ .

والأصول العلمية في الفن الطبي ، ولكن كل ما يتعلق بالضمير أو بالعلم الطبي منطله البحث في قواعد المهنة وهي خارجة عن دائرة العقد ^(١) .

والدليل على ذلك أن القضاة ، إذا رفضت إليهم دعوى ضد طبيب أو جراح ، لا يبحثون في ثبوت العقد عن الالتزامات التي يوجبها على الطبيب بل يلجأون إلى أهل الخبرة ليحيطوم علماً بالالتزامات التي لا يمكنهم أن يتبينوها بين سطور العقد . فالطبيب الذي يسمي علاج مرضاه يخل بالتزام قانوني مهني ، لا بالتزام تعاقدى ولا يمكننا اعتبار المسؤولية عقدية إلا إذا كانت المحاكم ترجع في تقدير الخطأ إلى النية المشتركة للطرفين ، وهذا ما لا تفعله ، فهي لا تفسر العقد وإنما تبحث ما إذا كان الطبيب قد نفذ الالتزامات التي تفرضها عليه القواعد المهنية . ولا يمكننا إلا بمسح العقد أن نتكلم عن المسؤولية العقدية مادنا أمام التزام بعيد عن إرادة الطرفين وإنما فرضه القانون والعادات والقضاء ؛ بل ولا نستطيع أن نقول ذلك إلا بالاتجاه إلى الحيلة بأن ننسب للطرفين إرادة لم تكن لها ^(٢) .

حقاً إن محكمة النقض وبعض محاكم الاستئناف لم تتردد في الالتجاء إلى حيلة مماثلة لتحمل بعض العقود بالالتزام بالسلامة ، ولكن ليس محلاً للشك أن الحيلة كان لها ما يبررها ، إذ اقتضت ضرورات عملية أوجبت أن يقلب عبء الإثبات لصالح المجنى عليه في حادثة تطرأ أثناء تنفيذ العقد ، كما هو ظاهر بوضوح من أحكام محكمة النقض في مسؤولية متولى النقل ^(٣) .

(١) ليون ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جازيت پاليه ١٩٣٥ — ١ — ٩١٥ ، سامو
ص ١٧١ . ووجهة نظر الدكتور نيقولا في قضية النقض ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ قلا عن هيرد
جوسران في دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٤٤٩١ .

قرب بران بند ٢٤٤ و ٢٤٥ من المرجع السابق وكاميرمان المرجع السابق ص ٣٥ .
(٢) ينظر المرجع السابق ص ٢٣ ، مارتان المرجع السابق ص ١٧٢ و ١٧٣ ، ناست
تطبيق في دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ ، يومبول — المسؤولية الطبية أمام المحاكم ص ١٧ .
قرب نيجر المرجع السابق ص ٥١ و ٥٥ .

(٣) نقض ١٩١٣/١/٢٧ ، ١٩١٣/٤/٢١ في دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩ .
وتطبيق سارو وجريونيل ١٩٢١/٣/١٥ دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ .

ولو أن تفسير المادة ١٣٨٤ فقرة أولى في المسؤولية عن حراسة الأشياء كان قد وصل إلى ما وصل إليه الآن المشرع لكان من الممكن ألا يلجأ القضاء إلى الحيلة قصد الوصول إلى تلك الغاية . وهذا سبب آخر للشك في الصفة العقدية للمسئولية الطبية إذ ليس لهذه الصفة أية فائدة من حيث عبء الإثبات . ولكن الحيلة القانونية التي لا تدعو إليها ضرورة من المصلحة العملية يجب استبعادها وظاهر أن الادعاء بأن الطبيب قد تمهد بتعمير الأضرار التي قد يحدثها أثناء العلاج هو محض افتراض وبمجرد حيلة ^(١) .

ولسكن هذه الحجة غير مقنعة فإن التزام الطبيب بحسن العلاج لا شك في أنه التزام عقدي فكل من الطبيب والمريض قد قصد اعتباره المورد الأساسي لعلاقتهما ولا يهم بعد ذلك وصف الالتزام بأنه مهني ^(٢) . فالالتزام الطبيب يوجد العقد ، وإن كان المريض يجهل كيفية الكشف عليه وطريقة

(١) ينظر المرجع السابق ص ٢٥ و ٢٦ ، ثالث في دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥٥ .

(٢) مازو طبعة ٣ ج ١ في المسؤولية هامش ٧ ص ١٨٩ بند ٢٠٦/٢ و ٥٠٨ ، يلون بتوقيع E. P. في دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ ، فالك المجلة الانتعادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٠٩ ٤٤ من المرجع السابق راجع ص ٦١٨ ، لاكس للمرجع السابق بند ٣٥ ، مازان المرجع السابق ص ٤٧ و ٥٣ ، وديج فرج — المسؤولية المهنية — معاضاته غير المطبوعة في قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ ، برتون تحت نفس ١٣/٧/١٩٣٧ في سيرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ . قرب فان رين المرجع السابق بند ١٥٩ وعمد على امام — مسئولية الصياغة عن الودائع ص ٣٣٩ .

ولقد نصت القوانين الحديثة م ٦١١ م المالي و ٣٦١ التزامات سويسري على أن محل عقد إجبار الأشخاص قد يكون خدمة من أي نوع وبذلك فهو يشمل الخدمات البدوية والخدمات التي يؤديها أرباب المهن الحرة .

ولقد لاحظ جوسران في تقريره الذي قدمه لمحكمة النقض (دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١ ٤٤) أن وصف التزامات الطبيب بأنها مهنية لا يمكن أن يخرجها عن دائرة العقد ، والا فإن هس الحجة يمكن أن يقال بالنسبة لمسئولية متولى النقل وشركات التأمين وكلاهما مسئولية مهنية من الدرجة الأولى ومع ذلك لم يدع أحد أنها من أجل ذلك التزامات قانونية . فالمهنة قد ينشأ بمناصبها عقد منتج للالتزامات لإن حصل الاخلال بها كانت المسئولية عقدية .

العلاج ، فليس معنى ذلك أنه يجهل ما يتفق عليه مع الطبيب إذ هو يعلم أن الطبيب بقوله علاجه قد تعهد بأن يبذل عناية معينة في ذلك تتناسب مع مركزه في مهنته فيعالجه بذمة طباقاً لما يتوقعه المريض منه من قدرة عليّة وكفاية فنية وخبرة في مهنته . أما أن اعتبار المسؤولية الطبية عقديّة ليس له ما يبرره عملياً فإن صح فيما يتعلق بعبء الإثبات فليس الأمر كذلك في التضامن ومدى التعويض .

وقد يؤيد هذا الرأي ، أن المسؤولية الطبيّة يجب أن تقدر في أهم نواحيها — أعنى من حيث تطبيق الأصول الطبيّة — بمقياس واحد فإذا كانت مسؤولية الطبيب تقصيرية بغير شك ، إذا لم يكن هناك عقد بينه وبين المريض ، فيجب أن تبقى كذلك ولو كان هناك عقد .

ونحن لا نفلن أن هذا التدليل دامغ . لاشك أن هناك عنصراً ثانياً في مسؤولية الطبيب ، ولكن هذا الثبات لا يفترض حتماً كون مسؤوليته تقصيرية ، فن المفهوم أنه إذا لم يوجد هناك عقد فالطبيب مشمول تقصيراً إن هو لم يرع الأصول الطبيّة . ولكن إذا كان هناك عقد فليس ثمة ما يمنع من اعتبار نفس السلوك موجباً للمسؤوليّة العقديّة بل هذا هو الوضع الطبيعى فتولى النقل عليه أن يرضى شروط السير في الطرقات العامة وهذا لا يمنع من اعتبار مسؤوليته عقديّة إذا أخل بأحد هذه الشروط فنشأ عن ذلك تلف للبضائع التي ينقلها ^(١) .

وقال البعض ^(٢) إن الخطأ المهني لا يمكن إلا أن يكون خطأ جسيماً ومن ثم يشبه بالعمد ومعرّوف أن الخطأ العملي يسبب مسؤولية تقصيرية ولو حصل أثناء تنفيذ عقد .

(١) بريتون — تطبيق في سيري ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ .

(٢) بران المرجع السابق بند ٢٤٥ و ٢١٥ ؟؟ . وهو يقول إن الخطأ الذي لو ارتكبه فرد عادي لما كانت له مسحة الجسامة ولكنه يصبح كذلك لأن من ارتكبه شخص يخرس عليه المهنة يحطه خاصة .

وانظر ميمين في دالوز ١٩٣٨ — ١ — ٢٨ .

وهذا التدليل يأتيه الخطأ من كل ناحية ^(١). فليست الأخطاء على درجات متفاوتة ، وليس منها الجسم ولا التيسير ^(٢) ، ومع ذلك فلو سلنا جدلاً بوجود هذا التدرج في الخطأ ، فليس صحيحاً أن الخطأ المهني خطأ جسم حتماً ^(٣) ، إذ لا يفهم كيف يوجد التدرج في الأخطاء المادية دون المهنية ، فلا غرو أن رفضت محكمة النقض الفرنسية ^(٤) أن تعتبر الخطأ الجسم وحده هو الذي يوجب مسئولية الطبيب .

والآن لو صح أن كل خطأ يصدر من الطبيب هو خطأ جسم حتماً — وهو غير صحيح كما رأينا — فهل معنى ذلك أنه يشبه بالعمد ؟

الواقع أن تشبيه الخطأ الجسم بالعمد ، أمر تأباه الطبيعة الداخلية لكل منهما ، فأياً كان التعريف الذي نعطيه للخطأ الجسم ، فهو لا ينطوي على تمعد الاضرار من جانب المستول ، فالحلاف بينه وبين العمد كبير من الناحية الأدبية ^(٥) .

(١) ملزوجة ج ٣ بند ٢٠٣ الى ٢٠٦/٢ ، برينون في سيري ١٩٣٧ — ١ — ٣٢٦ .

(٢) وهو ما استولى شرحه لدى بحث ركن الخطأ في المسئولية الطبية .

(٣) جوسران في دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٠. المود الأول عمرة ٧ ملزوجة ج ٣ بند ٢٥٢٤ ، محمد علي امام المرجع السابق بند ١٤٠ ص ٣٤٢ ، دكتور وديع فرج في محاضراته غير المطبوعة لقسم الدكتوراة سنة ١٩٤٣ في المسئولية المهنية ، ديموج ج ٥ بند ١٢١١ ، لاو المرجع السابق بند ٢١٤ ، دوران المرجع السابق ص ٤٦٤ ، فوزينه المرجع السابق ص ٣٦١ ، ومع ذلك انظر في هذه الرسالة الاعتبارات التي أوقت بعض التقهاء في الخلط بين الخطأ المهني والخطأ الجسم . مارتان المرجع السابق ص ٦٥ .

(٤) انظر بنوع خاص نقض ١٩١٩/٧/٢١ سيري ١٩٢٢ — ٢ — ١١٣ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ والبازيكريزي البليجية ١٩٢٠ — ٢ — ٢٢٢ . وقارن قضاء مجلس الدولة التي اشترط الخطأ الجسم في هذه الحالة . ١٩٣٥/١١/٨ سيري ١٩٣٦ — ٣ — ١٢٧ ، ١٩٣٧/٥/١٢ سيري ١٩٣٨ — ٣ — ٧٢ وراجع بول دويز — مسئولية السلطة العامة طبعة ١٩٢٧ ص ٢٢ ، وبونارد مختصر القانون الاداري طبعة ١٩٣٥ ص ٩٣ .

(٥) ملزوفي دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ — ٤٩ ، تحت عنوان تشبيه الخطأ الجسم =

وإذا كانت الضرورات العملية قد اقتضت من حيث الإثبات ، تشبيه الخطأ الجسيم بالعمد ^(١) ، حتى يسد السيل على من يتعمدون الخطأ فلا يفلتوا من تحمل تبعه غشهم ، بادعاء أنهم لم يقصدوا الغش وإنما كان إهمالهم جسيماً ^(٢) ، فإن هذه الضرورات لا محل لها في دائرة الخطأ المهني ^(٣) .

== بالمعد راجع على وجه الخصوص من ٥٣ . ومازوف المشولية المرجع السابق طبعة ج ٣ ١ بند ٤١٤ و ٦٧٥ / ٢ خاصة الفقرة الأخيرة من ٧١٥ و ج ٢ بند ٢٥٢٣ ، جوسران في دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٠ . السمود الأول فقرة ٦ و من ٥٢ . السمود الأول فقرة ٣ ، فوازينه المرجع السابق من ٤١٢ ؟؟ ، ريبير القاعدة الخلفية في الالتزامات من ١٦٣ ، دكتور وديج فرج في محاضراته غير المطبوعة في المشولية المهنية التي أقيمت في قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ ، بلايول ريبير ج ٧ بند ٨٦٣ ، كولان وكايتان طبعة ٧ ج ٢ بند ١٠٥ و ١٧٧ وبونارد اشتراطات عدم المشولية من ١٤ .

فان إسمان في سيري ١٩٣٣ — ١ — ٢٩٠ السمود الثاني في الآخر وهو جيني في سيري ١٩١٥ — ١ — ١١٣ حيث يقول : « La faute lourde si elle n'est pas dans son essence absolument assimilable au dol le fait au moins présumer ; elle est sur le terrain du droit civil l'analogue de ce dol éventuel dont s'occupent les criminalistes » .

(١) مع أن جوسران (في دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٥٢ . السمود الأول) ينازع في أن هذه الضرورات كافية لهدم المبدأ الأساسي الذي بنيت عليه جميع المراتع والذي يقضي بأن الأصل في الإنسان حسن التية وأن سوء التية لا يفترض .

وفان ذلك بما يقوله فوازينه المرجع السابق من ٤٢٠ ؟؟ وفان رين المرجع السابق من ١٨٥ ؟؟ وبونارد — اشتراطات عدم المشولية من ١٤ و ٢٢٥ وهم مع تسليمهم بأن الغش لا يفترض ، يقررون أنه مسألة حسانية لا يمكن أن يقوم الدليل عليها الا من مظاهرها الخارجية ومن ثم فلا مانع عندهم من أن يتخذ القاضي من جسامه الخطأ قرينة على العمد على أن تبقى هذه القرينة خاضعة لتقديره فلا تعرض عليه فرضا .

(٢) مازو بند ٤١٤ و ٢٥٢٣ من المرجع السابق ومازوف تشبيه الخطأ الجسيم بالعمد دالوز ١٩٣٣ من ٥٣ ، هوجيني في سيري ١٩١٥ — ١ — ١١٣ ، إسمان في بلايول بند ٥٨ ، إسمان في سيري ١٩٣٣ — ١ — ٢٩١ السمود الأول . فان رين المرجع السابق من ٩٥ .

(٣) بريتون في سيري ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ ، محمد علي امام المرجع السابق بند ١٤٠ من ٣٤٢ ، مارتان المرجع السابق من ٧٢ و ٧٣ . وظاهر أنه لا كان تشبيه الخطأ الجسيم بالمعد قد جرى على قرينة واقعية فان هذه القرينة تنهار اذا وجدت قرينة مضادة لاذ القرائن القانونية فقط هي التي لا تقبل الدليل العكسي (راجع مازوف في دالوز الأسبوعي المرجع السابق سنة ١٩٣٣ من ٥٣) .

قالفش لا يخشى أمره عادة من أرباب المهن ولا سيما الأطباء الذين عرفوا بإخلاصهم لمرضاهم وتقائهم في علمهم الإنساني الجليل ؛ فإذا تسبب الطبيب في إحداث ضرر لمرضه فهناك ما يدعو إلى الاطمئنان إلى أنه لم يتعمد هذا الضرر فلا محل لتشبيه الخطأ الجسيم الصادر منه بالعمد ^(١) .

وأخيراً هل من الحق أن يقال إن الخطأ العمدي إذا ارتكب أثناء تنفيذ عقد يوجب المسؤولية التقصيرية ؟

يقول بران ^(٢) ، إن من يرجع إلى نصوص القانون ، يجد أن الشارع مال إلى معاملة المدين الناش معاملته أشد من التي توجبها المسؤولية العقدية ؛ ففلا المادة ١١٥٠ من القانون المدني الفرنسي ^(٣) . أوجبت على المدين أن يعرضه الدائن في حالة النش ، حتى عن الضرر غير المتوقع ؛ والمادة ١١٥٣ تعطي للدائن مبلغ من المال الحق في مطالبة المدين الذي يتأخر في الوفاء بسوء نيه بالتعويضات اللازمة فوق فوائده التأخير التي يستحقها . وهكذا نرى أن القانون طبق في دائرة العقد قواعد خاصة بالمسؤولية التقصيرية . ولقد أبان جوسران ^(٤) أن المدين الذي يتعمد الإخلال بعقد يخرج بذلك عن دائرة العقد ويصبح غير جدير بأن يعامل معاملة أحسن من الغير فإن النظام التعاقدى وقد بنى على الثقة لا يبقى مع خيانة من ادعوا إنشائه ، قالفش نحو العقد كما يقول بران ^(٥) كالفش نحو القانون كلاهما يمنع من التطبيق الطبيعي للقواعد العامة .

(١) أنظر هامش ٣ من الصفحة السابقة .

(٢) بران المرجع السابق بند ٢١٥ من ٢٤١ ، جوسران في دالوز ٢٩٢٧ — ١ — ١٠٨ السود الأول الفقرة الأخيرة .

(٣) وهي مقابل المادة ١٢٢ من القانون المدني و ٢٢١ م حديث .

(٤) جوسران في دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ أنظر من ١٠٨ السود الأول .

(٥) بران — المرجع السابق من ٢٤٩ بند ٢٢٧ .

فلو أن أحد الطرفين تعمد الخروج فليس من العدل أن نخول له الحماية التي يعطيها النظام التعاقدى . فالقانون لم يضع نظاماً رحيماً ليحمى ورائه سيئ النية ^(١) .

لكن الواقع أن هذا التفسير غير صحيح ؛ فلا مجال هنا لتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية ^(٢) ، إذ لم يقصد الشارع حين خرج في حالة الغش عن قواعد المسؤولية التعاقدية أن يعطى الدائن الحق في استعمال الدعوى التقصيرية وإنما أراد التشدد مع المدين للغش الذى وقع منه .

ويقول مازو ^(٣) في الرد على حجة جوسران إنه ما من شك في أن الطرفين عند ما يتماقدان إنما يلحظان أولاً وقبل كل شيء عدم التنفيذ العمدى وإنهما قصدا بدهاة تطبيق القواعد العقيدية لا التقصيرية التي تختلف عنها . ففش المدين كما يقول لاييه ^(٤) لا يغير من طبيعة دينه .

== وهنا يلاحظ أن بران يعتبر هذه الحالة من حالات الجمع التي يجوز فيها للدائن أن يتمسك بأى نوع من المسؤولين .

راجع أيضاً جوسران — البواعث على الصعقات القانونية بند ١٧١ ؟؟ .

(١) بران المرجع السابق ص ٢٤٩ بند ٢٢٢ .

(٢) لاييه في سبرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ وفي سبرى ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ انظر ص ٢٦ عمود ٣ فقرة ٤ ، وديع فرج عاضراته غير المطبوعة تقسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ في المسؤولية المهنية ، بونه المجلة الانتقادية ١٩١٢ المسؤولية التقصيرية والمقد ص ٤١٨ ؟؟ انظر ص ٤٣٣ و ٤٣٤ ، بيرو في سبرى ١٩١١ — ١ — ١٠٦ عمود ٣ ، مازو المرجع السابق في المجله الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٦٦٦ بند ١١٠ ، محمد على امام المرجع السابق بند ١٤٠ ص ٣٤١ ، بلايول اسمان ج ٦ بند ٤٩٤ ص ٦٨٦ .

(٣) مازو في للمسئولية ج ١ طبعة ٣ بند ٢٠٥ ، مازو في المجله الفصلية سنة ١٩٢٩ للمرجع السابق ص ٦٦٦ بند ١١٠ . عكس بران للمرجع السابق ص ٢٤٨ و ٢٤٩ بند ٢٢٢ .

(٤) لاييه في سبرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ عمود ثانى فقرة ٣ راجع بران للمرجع السابق ص ٢٢١ و ٢٢٢ . والواقع أن الخلاف بيننا وبين أنصار للمسئولية الضميمة يمكن زجه الى تعريف الخطأ الصاعى هم . فالبحنى رأى أن الخطأ الصاعى هو الإخلال بتنفيذ التزام من الالتزامات الناشئة عن العقد بنس النظر عن البواعث التي حدثت للعقائد الى ذلك . ==

المحزب الثانية — كونه كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب

المسئولية التقصيرية :

وهناك نظرية كانت سائدة في القرن الماضي ^(١) ولها إلى الآن أنصارها ^(٢) مقتضاها أن كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب المسئولية التقصيرية تغليبا للتاحية الجنائية في الموضوع .
فهل لا يمكن تطبيق هذه النظرية على المسئولية الطيبة ؟

كلما كان الخطأ المنسوب للطبيب قد تسبب عنه وفاة مريض أو مساس بسلامة جسمه أو صحته فإن المادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ من قانون العقوبات تنطبقان ^(٣) ، لاشك أن الطبيب يتمتع عادة بمحصانة جنائية ^(٤) ولكن هذه الحصانة منوطة بالتزامه بأصول المهنة فإذا أخل بهذا الالتزام كان مستولا جنائيا ، ولو أننا سلمنا بأن كل جريمة ينشأ عنها ضرر للغير توجب

والنص رأوا ألا يخفوا عند هذا التقدير المادى للخطأ التقادى بل عمدوا إلى تحليل سلوك المتقادر جريا وراء البواعث التي انتهت به إلى الإخلال بالتزامه . ولا تطبق عليه قواعد المسئولية التقاعدية إلا إذا قصد أن يسلك على اعتبار أنه متقادر أما إذا قصد أن يتخذ من القدر وسيلة لتنفيذ لإرادة غير مفروعة فلا تكون مسئوليته تعاقدية وهي النظرية التي نادى بها رامبلا وعلق عليها ديموج (ج ٥ بند ١٢٤٣) ولكنها باعتراف بران نفسه ، وهو من أنصار المسئولية التقصيرية ، لم تلق قبولا من المحاكم لأنها تثير أبحاثا في النيات يبنى الاضداد عنها حين البحث في الخطأ التقادى .

(١) ديمولوب ج ٨ بند ٤٧٨ ، لارومبير م ١٣٨٢ بند ٩ ص ٥٤١ ؟؟ طبعة ١٨٨٥ ، بارتان في أوربي ورو طبعة ٥ ج ٦ ص ٣٧١ هامش ٧ ، لوران ج ٢٠ بند ٤٦٣ ص ١٩٤ طبعة ٤ ، لايه تحت نفس ١١/٢٣/١٨٨٥ سيري ١٨٨٦ — ١ — ٥ راجع عمود ٢ ص ٦ .

(٢) لالو طبعة أولى بند ٢٦٦ و ٢٦٧ في المسئولية المدنية وطبعة ٣ بند ٦٢٢ و ٦٢٣ ، بران المرجع السابق بند ٢٠٦ ؟؟ ديموج سيري ١٩٢٤ — ١ — ١٠٦ عمود ٣ .

(٣) جارسون في التطبيق على قانون العقوبات م ٣١٩ و ٣٢٠ بند ٩ .

(٤) جارسون المرجع السابق م ٣٠٩ إلى ٣١١ بند ٨٠ ، م ٣١٩ ، ٣٢٠ بند ١٨٩ ؟؟ .

إعمال المادة ١٥١/١٦٣/٨٢-١٣٨٢م فإن تطبيقها على الأطباء يصبح أمراً طبيعياً رغم أن ديموج شعر بالحرج في إخضاع الجرائم غير العمدية لهذا النظام^(١).

ولكن المبدأ في ذاته محل نظر فإن أنصاره يقولون إن عدم تنفيذ العقد إذا تضمن جريمة كانت له ناحيتان، كونه جريمة وكونه إخلالاً بالتزام. فالعقد أنشأ احتمالاً لارتكاب الجريمة ولكن لا يمكن القول بأن الجريمة ناشئة عن العقد. ويؤيدون رأيهم بالاستناد إلى المادة ٣ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي التي تقابل المادة ٥٢ و٥٤ من قانون تحقيق الجنايات الأهلى. وهى تقرر أن الدعوى المدنية يمكن أن تنظر في نفس الوقت مع الدعوى العمومية أمام القاضى الجنائى. ولقد رد عليهم ما زوبحق إذ قال إن التفرقة بين عدم تنفيذ العقد والجريمة الجنائية أمر دقيق فهناك فصل واحد وهو عدم تنفيذ العقد ولكن عدم التنفيذ معاقب عليه ولا يعقل أن هذا الظرف يكون سبباً كافياً لتعديل القواعد المدنية الواجبة التطبيق فالجريمة شيء والمسئولية المدنية شيء آخر والادعاء بغير ذلك هو إنكار للتفرقة الأساسية بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية وترتيب آثار للصفة الجنائية لا محل لها في الدائرة المدنية^(٢) أما فيما يتعلق بالمادة الثالثة من قانون تحقيق الجنايات فيمكن أن نلاحظ أن هذا النص يحدد الشروط اللازمة لمباشرة الدعوى المدنية لوجودها دون أن نحتاج إلى أن نقرر أن التعبير بالدعوى المدنية ليس قاصراً على الدعاوى الناشئة عن المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣/١٥١/١٦٣م.

(١) ديموج في سبرى ١٩٢٤ - ١ - ١٠٥ راجع ص ١٠٦ عمود ٣ وفي المجلد الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥٣.

(٢) ما زو في المسئولية ج ١ طبعة ٣ بند ٢٠٢، هنرى ما زو في المجلد الفصلية سنة ١٩٢٩ للرجع السابق بند ١٠٧ ص ٦٦٣، بلانول ريبير اسمان بند ٤٩٤ هامش ٤، دوران المرجع السابق ص ٣٩٨ بند ١٥٣، بريتون في سبرى ١٩٣٧ - ١ - ٣٢١.

المحز الثالثة - قد يستند أميراً إلى فكرة النظام العام :

حقاً إن المادة ١٥١/١٦٣/١٣٨٢م ليست من النظام العام على معنى أن تطبيقها لا يمكن استبعاده بتطبيق المسؤولية التعاقدية ، ولكن ألا يمكن أن تصبح كذلك في بعض الظروف وينوع خاص إذا كان الفعل الضار قد مس حياة الأشخاص أو سلامة أبدانهم ، ألا يجب في مثل هذه الظروف تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية دون غيرها ^(١) .

أما عن تعلق المسألة بالنظام العام فهذا أمر لا يبدو محل شك لحياة الإنسان وسلامة جسمه أمر يهم المجتمع بأسره . ولكن هل تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية أمر لازم لحماية مصلحة المجتمع . الواقع أن ما تتطلبه مصلحة المجتمع هو أن يكون للمسؤولية مدى خاص وأن يكون للالتزام أحد الطرفين حد أدنى لا يمكن النزول عن مستواه باتفاق الأفراد . ولكن هذه النتيجة يمكن الوصول إليها بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية . فمن المفهوم أن العقد لا يمكن أن يعني الطبيب من مراعاة أصول المهنة ففكرة النظام العام تبين الحد الأدنى للالتزامات الطبيب وهي لا توجب إعمال أحكام المسؤولية التقصيرية ^(٢) .

وقد حصل الاستناد إلى فكرة النظام العام بوجه آخر ف قيل إن التزامات الطبيب لا تخضع لإرادة الطرفين فلا سبيل لإلها لإنشائها أو تغييرها لأنها متعلقة بالنظام العام وعقد العلاج شيء من هذه الناحية بمقد الزواج فكلهما يضع المتعاقدين في مركز قانوني منظم لا يستطيعان المساس به ومن ثم يبدو أنه يختلف عن سائر العقود - حيث يتمتع الطرفان بحرية واسعة في تحديد شروط العقد ومحتوياته - ليس في الدرجة لحسب وإنما هو في الطبيعة

(١) قرب سامو للرج السابق ص ٣٠ .

(٢) برينون في سبى ١٩٣٧ - ١ - ٣٢١ .

أيضاً ويخطئ فقهاء القانون المدنى إذ يريدون إدخاله ضمن نطاق العقد العتيق^(١).

وكأنى بمن قال بهذا رأى قد تأثر بأراء دوجى حيث فرق بين التصرفات القاعدية والتصرفات التى تقوم مقام الشرط والتصرفات الذاتية^(٢).

فأدخل فى النوع الأول كل تصرف من شأنه إحداث تعديل فى القواعد القانونية دون مساس بشخص أو أشخاص معينين بالذات كمنح امتياز واتفاق العمل الجامع وهى تصرفات لها صبغة مادية بحتة^(٣).

وأدخل فى النوع الثانى كل تصرف من شأنه أن يخضع فرداً لقاعدة قانونية لم تكن سارية عليه من قبل أو يضعه فى مركز قانونى جديد. وتدور هذه التصرفات بين المادية والشخصية ومثالها التمين فى وظيفة عامة والزواج^(٤).

وأدخل فى النوع الثالث كل تصرف منشئ لالتزام خاص وعدد وموक्त على عاتق شخص أو أشخاص معينين أو بعبارة أخرى كل تصرف يخلق مركزاً قانونياً ذاتياً^(٥). وهذه التصرفات ذات صبغة شخصية بحتة ومثالها الأول العقد بالمعنى الصحيح.

(١) مارتان المرجع السابق ص ٤٥ الفقرة الأخيرة وما يسدحها الى ص ٤٨ ، وقرب ص ١٧٥ .

(٢) دوجى مطول القانون المستورى طبعة ٣ ج ١ بند ٦٤ و ٦٦ حيث بين أن التصرفات القانونية واحدة فى دائرى القانون الخاص والعام .

(٣) دوجى للمرجع السابق بند ٣١ ص ٣٢٧ ، بونارد للوجز فى القانون الادارى طبعة ١٩٣٥ ص ٣٥ ، جيز للمبادئ العامة فى القانون الادارى طبعة ٣ سنة ١٩٢٥ ص ٢٨ .

(٤) دوجى للمرجع السابق ص ٣٢٨ بند ٣١ وهنا يشبه أنصار المسئولية التصيرية عقد الصلاح بعدد الزواج ، بونارد للمرجع السابق ص ٣٦ ، جيز للمرجع السابق ص ٣٨ ؟؟

(٥) دوجى للمرجع السابق ص ٣٢٩ بند ٣١ وكذلك بند ٢٩ ص ٣١٢ فى تعريف المركز القانونى القانى ، جيز للمرجع السابق ص ٤٤ ؟؟ ، بونارد للمرجع السابق ص ٣٥ .

ولقد رتب على هذا التقسيم تقسماً آخر للاتفاقات إذ ميز بين العقد الذاتي وبين الاتفاق الجامع والاتفاق الاتحادي^(١) مقررًا أن النوعين الآخرين من الاتفاق لا يوجدان لا رابطة ذاتية ولا عرضية بل مركزاً قانونياً منفصلاً فلا تناقض بين مصالح طرفي الاتفاق^(٢). أما النوع الأول وهو العقد بالمعنى الصحيح فيمتاز بحصول اتفاق بين إرادتين — بعد مفاوضة واتصال — على إنشاء رابطة ذاتية وعرضية بين شخصين يرى كل منهما إلى تحقيق مصلحة خاصة به بخلافه لمصلحة الآخر كالبيع والإيجار^(٣).

وهو إذ ينكر صفة العقد على ما عدا العقد الذاتي^(٤) يفرق بين دور الإرادة في التصرفات القانونية^(٥) ولا يقر بوجود عقد إلا إذا انطوى التصرف .

أولاً: على حرية في اختيار التعاقد .

ثانياً: على حرية في تحديد الالتزامات التي ينشئها العقد^(٦) .

(١) فالعقد الذاتي يتم بصرف ذاتي أما الاتفاق الجامع والاتفاق الاتحادي فيتبان بأحد التصرفين الآخرين أو بهما معاً . بونارد للرجع السابق ص ٤٠ و ٤١ .

(٢) دوجي للرجع السابق بند ٣٩ و ٤٠ ، بونارد للرجع السابق ص ٣٩ .

(٣) دوجي للرجع السابق بند ٣٨ خاصة ص ٣٨٩ و ٣٨٣ . كذلك كتاب التطورات العامة في القانون الخاص لدوجي ص ١١٩ ، بونارد للرجع السابق ص ٣٩ و ٤٠ ، جيز للرجع السابق ص ٤٠ الى ص ٤٢ .

(٤) دوجي للرجع السابق في القانون الدستوري بند ٣٨ ص ٣٨٤ ؟؟ وبنوع خاص في نق صفة العقد عن الاتفاق الجامع بند ٣٩ خاصة ص ٤٠٠ وآخر ص ٤٠١ ؟؟ وفي نق صفة العقد عن الاتفاق الاتحادي بند ٤٠ ص ٤٠٩ ؟؟ . وفي نفس المعنى بونارد للرجع السابق ص ٤١ .

(٥) دوجي للرجع السابق بند ٣٢ من ص ٣٣٣ الى ٣٣٦ وراجع أيضاً في دور الإرادة في العقود بند ٣٨ ص ٣٨٥ و ص ٤٠٩ بند ٤٠ .

(٦) راجع في تأييد الرأي والخطح عنه مقال شغالييه في مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٢١ ؟؟ من القسم الأوروبي .
وقرب في نفس المعنى بونارد للرجع السابق ص ٤١ .

وإننا لنلاحظ ، دون أن نعرض لمختلف الانتقادات التي وجهت لأراء دوجي في هذه الناحية ^(١) ، أن المعيار الذي اتخذته للالتزامات التعاقدية لا يتخلو عن شيء من التحكم وإلا فكيف تعتبر قانونية الالتزامات التي لا ينصح لها الأفراد — وإن حددها القانون — إلا برضاهم واختيارهم ذلك الرضا الذي يعبرون عنه بإقدامهم على التعاقد . حقيقة قبل إن نظرية السبب وطرق التفسير ونسبة العقود أمور مرجعها جميعاً إلى حرية الطرفين في تحديد مدى التزاماتهما ؛ وحتى لو أخذنا هذا القول على علته فإنه لتغافل عن الحقيقة أن نقرر أن نظرية العقد يجب استبعادها في جميع الأحوال التي لا يكون للطرفين فيها سوى حرية قاصرة على الحق في اختيار التعاقد أو رفضه وإلا فن ذا الذي يستطيع أن يشكر مثلاً إمكان تطبيق نظرية عيوب الرضا على عقد الزواج ^(٢) ؟

وفضلاً عن ذلك فإننا نرى أن نفي صفة العقد عن الاتفاقات التي من شأنها كما قال دوجي وضع الطرفين في مركز قانوني لا يستطيعان المساس به ، فيه إغفال أكيد للتطور الفني الذي لحق فكرة العقد ^(٣) ، ومغالة في فهم الدور الذي يجب أن يلعبه مبدأ سلطان الإرادة في الدائرة العقدية ^(٤) .

في خلال القرن التاسع عشر كان النظام الاجتماعي يركز على الفرد

(١) السهوري نظرية العقد بند ١٣٣ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بند ٢٩ في الآخر ، جيني المجلد القصلي سنة ١٩٢٢ ص ٨٢٦ ٤٤ ، ديموج ج ١ فقرة ٢٣ و ٢٤ مكرر ص ٧٢ ، بلايول اسبان ج ٦ فقرة ١٣ ص ١٨ ، جوسران شرح القانون المدني ج ٢ بند ١٤ و ١٥ طبعة ٣ ، مذكرات دكتور خيال في الالتزامات بند ٥٩ ص ٨١ ، ربيير النظام الديوقراطي والقانون المدني بند ١٦٦ ، دكتور حست أبو ستيت المرجع السابق بند ٤٥ ص ٣٩ .

(٢) . يلاحظ أن الحق الاسلامي عرض لما يذهب بالرضا ونزول أمره بالنسبة لعقد الزواج كسوء الخلق (على منذهب السادة للالكية) . والمنة في الرجل .

(٣) Salié de la marnière, thèse 1930. Essai sur l'évolution technique du contrat.

(٤) ديموج ج ١ بند ٢٣ مكرر .

فكان هو الغاية ولخدمته يسخر المجموع ولكن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية بل إن مظهر هذه الشخصية هو الإرادة الحرة المستقلة وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ^(١) فإن رجال القانون اتخذوا من الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية ^(٢) فالإرادة الحرة كانت إذن مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها ومن ثم فقد كان الفرد يتمتع بالحرية ليس في اختيار التعاقد لحجب وإنما في تحديد شروط العقد ومحتوياته أيضاً ^(٣) .

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد أነع وازدهر بفعل العوامل الاقتصادية فإن هذه العوامل نفسها ، بعد أن تطورت وقامت الصناعات الكبيرة ، أدت إلى انتكاسه نتيجة لانتشار الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ^(٤) ، وما صاحب ذلك من ازدياد في النصوص المتعلقة بالنظام العام ^(٥) حتى ظن البعض أن العقد يحتاز أزمة حادة لن تلبث أن تودى به فيطوية التطور الذي لحق الحياة المصرية ^(٦) .

(١) فكانوا يقولون إن أفكر فأنا إذن موجود .

(٢) سأل في الشخصية للمنية سنة ١٩٢٢ ص ٥٣١ ، السهروري نظرية العقد بند ٨٦ ، جونو Oannon مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص رسالة ديجون سنة ١٩١٢ ص ٢٧ هامش ٧ .

(٣) بلايول اسمان ج ٦ بند ١٤ ص ٢٠ ، جوسران في دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٣ العدد الموجه مقال في ص ٨٩ الفقرة الثانية ، ودع فرج الانجماحات الحديثة في العقد والمسئولية المحلطة مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ١٠٩ ؟؟ ، راجع ص ١١٠ .

(٤) السهروري نظرية العقد بند ١٠٢ .

(٥) ربيع النظام الديمقراطي والقانون المدني ، الفقرة الأخيرة من بند ١٣٨ وبند ١٤٦ ص ٢٧٦ .

(٦) كونساتيني — إصلاح التصريح المدني مذكور في مقال شفالیه بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٢٠٨ القسم الأوربي ، La loi et le contrat et la décadence de leur souveraineté, thèse 1927.

طارن : ربيع — النظام الديمقراطي والقانون المدني ص ٢٦٩ ؟؟ خاصة بند ١٣٧ ص ٢٧٠ و ١٦٦ .

وأغلب الشراح لا يرون في حلول فكرة التضامن الاجتماعي محل الأفكار الفردية ولا في النزعة الظاهرة نحو اشتراكية القانون ، سبباً لمجر فكرة العقد بل يرون استبقاها مع تحويلها بما يجعلها متمشية مع عوامل التطور ^(١) فأصبح العقد ملزماً لا لتوفر الحرية في اختياره بل لأنه أجرى صحيحاً وملتبهاً مع الأفكار الاقتصادية والأغراض الاجتماعية التي يحميها القانون . فهناك إذن ميل إلى استبقاء فكرة العقد دون أن يخجل بذلك ، هذا الاتجاه نحو تقييد حرية الأفراد في تحديد محتويات العقد والالتزامات التي ينشئها ، وهو الاتجاه الذي عبر عنه جوسران حين تكلم عن العقد الموجه ^(٢) ووصفه ريبير بأنه اقتحام من القواعد الآمرة للدائرة العقدية بشكل يزداد يوماً عن يوم ، قد ينقلنا من النظام التعاقدى المرن إلى نظام شبه جامد ؛ ولكن على كل حال يبقى جانب من الحرية — حرية الأفراد في اختيار التعاقد ، وذلك يكفى لاستبقاء فكرة العقد وتمييز الالتزامات العقدية عن الالتزامات القانونية ^(٣) .

(١) جوسران ج ٢ طبعة ٣ في شرح القانون للمدني بند ١٥ و ١٥ مكرر ، ديجو ج الالتزامات ج ١ بند ٣/٢٣ .
فان : بلانيول اسمان ج ٦ بند ١٦ .

(٢) جوسران المرجع السابق بند ١٥ مكرر . حيث يقول : *Autrefois phénomène privé et individuel le contrat est de plus en plus volontiers traité comme un phénomène social ; la liberté individuelle et l'autonomie des volontés privées reculent devant l'interventionnisme des pouvoirs publics et le contrat libre tend à devenir un contrat dirigé.*

راجع أيضاً جوسران نظرة عامة على الاتجاهات الحالية في نظرية العقد المجلد الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٢١ ؟؟ في دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ العقد الموجه ص ٨٩ ؟؟ وفي نفس المعنى .

ريبير في النظام الديمقراطي والقانون المدني حيث يقول : *« Tous les contrats connaissent à l'heure actuelle une réglementation qui chaque jour devient plus étroite... »* (p. 302) Le contrat moderne apparaît alors comme la soumission des parties à une ensemble des règles légales obligatoires.

ودع فرج — الاتجاهات الحديثة في العقد والمسئولية الخفية المرجع السابق ص ١١٩ .

(٣) ييرو في سيري ١٩١١ — ١ — ١٠٦ عمود ٢قرة أولى .

جيني المرجع السابق ص ٥٤ .

والخلاصة أن تعلق التزامات الطبيب بالنظام العام لا يمنع من اعتبارها عقدية^(١) ذلك لأنه يعتبر تعاقدياً كل التزام نشأ بمناسبة إجراء عقد فئات الالتزام التعاقدي ليس في قدرة الطرفين على تحديد محتويات الالتزام وفقاً لإرادتهما وإنما مناطه أن الالتزام ما كان ليوجد لولا وجود العقد^(٢).

فالالتزامات الطبيب عقدية لأن مجرد خضوع الطبيب لها بالاتفاق يدخلها ضمن دائرة العقد كما يدخل التزام الدائن المرتهن حيازة بمحاسبة المدين على الريع وخصمه من الفوائد وأصل الدين ضمن دائرة عقد الرهن مع أنه التزام حتمه المشرع في المادة ١١٠٤/٥٤٥ م واعتبره من النظام العام. فروح القانون بل ونية المتعاقدين تقتضيان أن تعتبر المسؤولية عن الإخلال بالقواعد الآمرة عقدية^(٣) ذلك لأنه بمحصول العقد يكون الطرفان قد قبلتا

(١) فاون مارتان المرجع السابق ص ١٧٤ إلى ١٧٦ حيث يقرر ابتداء أن السألة مرجعها إلى تحديد مدى كل من المسؤولين لافي الحيرة بينها ، ثم يضيف إلى ذلك أن الأخطاء التي يرتكبها أرباب اللهن بمناسبة أدائهم لواجباتهم الخاصة تكون المسؤولية عنها تعسرية إذ لا عقد ، ولكنه يقرر وجود مسؤولية عقدية في الالتزامات التي لا ترضها قواعد الهيئة فرضا بل يكون الأمر فيها مرجعه إلى إرادة الطرفين وضرب قلبك مثلاً حالة الطبيب التي يجري عملية تجميل بصد أن ينه المريض إلى أنه إن لم ينجح فهو غير غطىء اللهم إلا إذا ارتكب خطأ فنياً في إجرائها ولكنه لا يعتبر غلطاً مجرد إقدامه على إجرائها لأن المريض قد أعفاه من مسؤوليته المحتملة في هذه الناحية .

(٢) إسمان المجلة القضائية سنة ١٩٣٤ للمرجع السابق بند ٢١ ص ٣٤٨ . وهو الرأي الذي يبدو أن محكمة النقض الفرنسية رجحت في حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ السابق الإشارة إليه .

(٣) يؤيد هذا الرأي ساقاويه في المسؤولية بند ١١٠ فقررة الأخيرة ومع ذلك هو يحفظ بالنسبة لقواعد الهيئة التي يوجبها القانون على الموظفين العموميين بند ٨٣٥ و ٨٠٣ ، ديموج في المجلة القضائية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥٧ ، دكتور وديم فرج في مجلة القانون والاقتصاد للمرجع السابق سنة ١٧ ص ٣٩٥ ؟؟ ، يريو تحت قض ٢٦ يناير سنة ١٩١٠ في سيرى ١٩١١ - ١ - ١٠٥ الفترة الأخيرة من السود الثالث و ص ١٠٦ السود الأول فترة

؟؟ ٣ : وكذلك الحكم الذي يطلق عليه حيث جاء فيه : *L'action n'était point basée sur une faute contractuelle des administrateurs dans l'exécution de leur mandat elle avait pour fondement un délit ou un quasi délit sortant du cadre de la gestion des administrateurs tel qu'il avait été tracé par la convention ou par la loi* .

حينما كل القواعد الآمرة التي تحدد محتويات العقد وآثاره . ويقول ديموج^(١) لأنه ليس بذى شأن كون الطرفين قد أرادا طوعاً أو كرهاً الخضوع لها . ولقد أبان مازو أنه من التناقض القول بأن القانون يفرضه التزاماً في الدائرة العقدية يكون قد أخرجته في نفس الوقت منها^(٢) .

ولقد قيل أيضاً إن ثمة حجة يمكن أن تستمد من المسؤولية عن إفساء سر المهنة^(٣) . فإن نقرأ من الفقهاء يميلون إلى القول بأن الطبيب يظل ملزماً بالأبلا يفشى السر ولو حلله المريض من هذا الالتزام وهذا القول لا يمكن أن يحمل إلا على أن فيه إنكاراً لوجود العقد الطبي وإلا فكيف يكون الالتزام بحفظ سر المهنة ناشئاً عن العقد ولا يمكن لذى المصلحة أن يتنازل عن تنفيذه . وظاهر أن هذه الحجة تتصل بسابقتها ، فع التسليم بأن الطبيب يظل ملزماً بعدم إفساء السر ولو حلله المريض من هذا الالتزام — وهو ما سنعود إلى مناقشته فيما بعد — فليس في ذلك ما يتنافى مع اعتبار الالتزام بحفظ السر التزاماً عقدياً وتعلقه بالنظام العام يجعله واجباً محتماً على الطبيب وليس من حق المريض التنازل عنه .

ولم يفت البعض أن يلاحظ أن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية له مزية ، هي عدم إخضاع مسؤولية الطبيب لقواعد مستمدة من قريب أو من بعيد من إرادة الطرفين كالمادة ١٢٢ / ٢٢١ م ١١٥٠ م التي تحدد مقدار التعويض . ولكن هل حقاً أن المصلحة تقضى بتطبيق قواعد أمرة دائماً ؟ الواقع أنه لو كانت هناك حقائق قانونية تفرض على الطبيب التزامات

== نفس ١٩٣٩/١/٥ مجموعة رسمية سنة ٤٠ رقم ١٤٥ ص ٣٧١ .

عكس بران المرجع السابق بند ١٧٨ ص ١٩٤ ٤٤ .

(١) ديموج المجلة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥٧ .

(٢) مازو للمسؤولية طبعة ٣ ج ١ بند ١٧١ ص ٢١٦ .

(٣) فيجر المرجع السابق ص ٥٢ .

لم تنفصها إرادته وإذا صح أن الطبيب ملزم بمراعاة أصول المهنة إذ عليه أن تتوقف حصانته المدنية بل والجنائية أيضاً فيجب ألا يغيب عن الذهن أن هناك حقائق إرادية أو بتعبير آخر حقائق عقدية . فالطبيب لم يلتزم إلا لأنه قبل العلاج وربما كان من الخطأ إغفال هذه الحقيقة العقدية^(١)، بل إن المقرر في مؤتمر الطب الشرعي المعقود في باريس في ١٩٥٤ و٦ مايو سنة ١٩٣١ تحت رئاسة الدكتور بول طالب بأن تكون مسئولية الأطباء عقدية^(٢) إحساساً منه وشعوراً بأن أحكامها أكثر تحقيقاً لمصالحهم .

لذلك لا يسعنا إلا تأييد سلوك محكمة النقض الفرنسية بغير تحفظ .
مقررين أن الأصل في مسئولية الطبيب أن تكون عقدية وهو الرأي الذي أقرته التشريعات الحديثة كالمادة ٦١١ من القانون المدني الألماني والمادة ٣٦١ من قانون الالتزامات السويسري^(٣) والمادة ٦٤ من القانون المدني اللبناني وهو أيضاً الرأي الذي قرره محكمة استئناف تورين بحكمها الصادر في ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ إذ اعتبرت الجراح مسئولاً تعاقدياً عن تركه جسماً غريباً في أحشاء المريض^(٤) .

ولتعتبر مسئولية الطبيب عقدية يجب أن تتوافر عدة شروط أن تخلف .

(١) برميون في سيري ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ .

(٢) قلاعن نيجر الرجيع السابق ص ٣٧ .

(٣) راجع حكم محكمة استئناف زيورخ في ١٨٩٢/٩/١٧ سيري ١٨٩٣ — ٤ — ١٦ وفارن حكم محكمة الأعداد السويسري في ١٨٩٢/٦/١٠ سيري ١٨٩٢ — ٤ — ٣٨ وفي ١٨٩٢/١٢/٩ سيري ١٨٩٣ — ٤ — ١٦ . فانها مع اعتبارها مسئولية الطبيب عقدية أقرت بجواز تطبيق أحكام المسؤولية القصيرية استناداً إلى أن الطبيب الذى يتسبب بإيصاله في إحداث ضرر للمريض يمثل ليس فقط بالترامات التعاقدية بل أيضاً بالواجب القانونى العام الذى يضمن للأفراد سلامة أبنائهم .

(٤) المجلة القضائية سنة ١٩٣٥ تعليقات ألبرتو موتيلل ص ٩٦٦ ؟؟ بند ٤ ص ٩٦٦ .

و ٩٧٧ .

قرب أيضاً حكم محكمة النقض في ١٩٣٩/١/٥ مجموعة رسمية سنة ٤٠ رقم ١٤٥ ص ٣٧١ وتوافر مبدأ المسؤولية العقدية بالنسبة للمهندسين .

أحدها اعتبرت المسئولية تقصيرية . وهذه الشروط هي : —

أولاً — يجب أنه يكونه المحنى عليه هو المربصه : فإذا كان من الغير كساعد جرحه الطبيب أثناء إجراء عملية فالمسئولية لا يمكن إلا أن تكون تقصيرية^(١) إلا إذا كان هناك عقد خاص ولكنه على كل حال غير عقد العلاج الذي يربط الطبيب بالمريض .

ثانياً — يجب أنه يكونه هناك عقد : فإذا باشر الطبيب العلاج دون أن يسبق ذلك عقد كانت مسئوليته تقصيرية^(٢) .

على أنه إذا كانت هناك أحوال لا يصعب فيها أن تبين وجود العقد الطبي فهناك بالعكس أحوال تصعب فيها معرفة ما إذا كان هناك عقد أم لا فيبقى وصف المسئولية وهذه الأحوال لا تخرج عن أحد فرضين : —

(١) حالة ما إذا ألم المريض قد اختار طبيباً :

في هذه الحالة يبدو أن وجود عقد بين المريض والطبيب أمر لا يحتمل مناقشة جدية ومع ذلك فقد حصل الخلاف في تسكييف الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمريض في حالة العلاج بالجمان .

ما هو العقد ؟

العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالمسألة منوطه بما إذا كان عقد العلاج بالجمان ينشئ التزاماً على عاتق الطبيب بمحسن العلاج أم لا .

ولقد ثارت نفس المشكلة بشأن عقد النقل بالجمان فحصل التساؤل

(١) راجع محق ١٢/٣٠/١٩٣٦ دالوز ١٩٣٧ — ١ — • وتعليق سلفاتيه وفي سيمى ١٩٣٧ — ١ — ١٣٧ وتعليق مازو . راجع أيضاً سلفاتيه في المسئولية ج ٢ بند ٧٧٦ في مسئولية الطبيب عن الأضرار التي تصيب الغير من شهادة حررها .

(٢) لاكس المرجع السابق بند ٣٢ ، دونديو دوقابر النفرة الطبية الصرعية ١٩٣١ ص ٤١٤ .

فإذا كان عقد النقل ينشئ التزاماً على الناقل بالنقل والأمر في ذلك مرجعه إلى الحالات ومع هذا فقد قيل إن الناقل لا يمكنه أن يحمل صديقه ينزل في وسط الطريق دون أن يتعرض للمسئولية ومعنى هذا أنه كان ملزماً بنقله .

حقاً إن الناقل يتعرض للمسئولية في هذه الحالة ولكن مسئولية تقصيرية لا تعاقبية بدليل أن السيارة لو تلفت في وسط الطريق ، ولو كان التلف راجعاً إلى إهمال من صاحبها ، لما تعرض لآية مسئولية إذ أنه لم يأخذ على عاتقه الالتزام بالنقل ^(١) .

ولكن هذا القول يجب ألا يؤخذ على إطلاقه بل ينبغي الرجوع إلى ملاسبات الحال للبحث عما إذا كان الناقل قد قصد إنشاء التزام على عاتقه . كذلك الحال في العلاج بالجمان يجب أن نرجع إلى الملاسبات لمعرفة ما إذا كان المريض والطبيب قد انصرفا نيتهم إلى إنشاء التزام ^(٢) على عاتق الطبيب أم كان قصد الطبيب أن يقوم بالعلاج بطريق المجاملة لحسب . لذلك نحن لا نوافق هنرى وليون مازو حيث قالوا ^(٣) إن من يبذل عناية بالجمان لا يقصد أن يتعهد بأى التزام حاله في ذلك حال الناقل بغير أجر ومن ثم تكون مسئولية تقصيرية ^(٤) .

وإذا تبين لنا وجود عقد في حالة العلاج بالجمان فهل يكون الطبيب

(١) مازو — المسئولية ج ١ طبة ٣ بند ١٠٩ و ١١١ و ١١٣ ، هنرى مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ للرجع السابق بند ١٤ و ١٦ و ١٨ .

(٢) قرب جوسران شرح القانون للدنى طبة ٣ ج ١ بند ١٢٤ و ج ٢ بند ١٦ .

(٣) مازو تحت نفس ١٩٣٨/١/١٨ في المجلة الفصلية ١٩٣٨ من ٢٥٢ و ٢٥٣ .

(٤) راجع مثلاً نفس ١٩٣٨/١/١٨ سبرى ١٩٣٩ — ١ — ٢٠١ نجازت باليه ١٩٣٨ — ١ — ٣١٤ فإنه يبدو من حيثياته أن محكمة النقض كان من رأيها اعتبار المسئولية عقدية حتى لو كان عقد العلاج بالجمان وإن كان من حرر الحكم لم ير الخوض في هذه الناحية صراحة .

مسئولا طبقاً للقواعد العامة أم هل تقتصر مسؤوليته على الخطأ الجسيم^(١).
الواقع أن الأمر ليس في بحث ما إذا كان الطبيب الذي يعالج بالمجان
لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم فإن وضع المسألة بهذا الشكل معناه الخلط
بين محتويات العقد والمسئولية العقدية وإنما الذي يجب البحث عنه هو مدى
الزام الطبيب في هذه الحالة وهو ما سنعود إليه عند بحث درجة الخطأ
الذي يسأل عنه الطبيب .

وتلحق بهذه الحالة حالة علاج الطبيب لزميل له فلقد جرى العرف على
ألا يتقاضى الأطباء أجراً من زملائهم فهل يعتبر العلاج في هذه الحالة
بالمجان فيخضع للمعيار الذي وضعناه ؟

حكمت محكمة النقض الفرنسية^(٢) في ١٨/١/١٩٣٨ بأن التقليد الذي
جرى عليه الأطباء في عدم تقاضي أجر من زملائهم يمكن أن يفسر على
أنه إيراد اختياري من ديون بني على التبادل ومن ثم فالعقد الحاصل بين
الطبيين لا يكون من قبيل التبرع .

(٢) حالة تحمل الطبيب بغير دعوة من المريض :

إذا كان وجود العقد أمراً واضحاً في حالة اختيار المريض لطيبه
فالشأن غير ذلك إذا لم تسمح له الأحوال باختياره ومثال ذلك حالة الطبيب
الذي يدعوه بعض المارة أو يتدخل من تلقاء نفسه لإسعاف جريح في
الطريق العام أصيب في حادثة أفقدته وعيه ؛ وحالة دخول المريض مستشفى
يجهل الطبيب الذي يعمل فيه . كذلك العامل لا يختار الطبيب الذي يعالجه
وإنما هو يعهد بهذا الاختيار لرب العمل .

(١) تارن مازو للمسئولية ج ١ طبعة ٣ بند ١١٤ ، مازو المحلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع
السابق بند ١٩ .

(٢) قضى ١٨/١/١٩٣٨ سبرى ١٩٣٩ — ١ — ٢٠١ جازيت باليه ١٩٣٨ —
١ — ٣١٤ ، يزالسون ٢٠/٣/١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ — ٢٩٢ وفي غس
الغنى سافاتييه في المسئولية بند ٧٧٥ ص ٣٩٠ ج ٢ .

في هذه الحالات وما يشابهها هل تعتبر مسئولية الطبيب عقدية أم تقصيرية ؟

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نحلل علاقة الطبيب بالمرضى في مختلف الحالات لتبين ما إذا كانت هناك رابطة بينهما أم لا .

١ — حالة تدخل الطبيب مع تلفاء نفسه أو برعوه من غير رأى صفة :
يحصل ذلك غالباً في حالة الحوادث . على أنه يلاحظ أن الطبيب الذي يمر بمحادثة ثم يرفض تقديم خدماته لا يكون في الأصل مسؤولاً إلا من الناحية الأدبية ^(١) .

حقاً إنه من الإنصاف ألا نتكر أن الأطباء لا يتأخرون عن أداء هذا الواجب الإنساني ولكن مجرد قبولهم للقيام به هو عمل قانوني قد نظم القانون شروطه وآثاره وعلينا أن نحلله لتبين متى وكيف يصبح الطبيب مسؤولاً في هذه الحالة .

في الغالب يحصل تدخل الطبيب بناء على دعوة الجمهور . وهنا لا محل للتمول بوجود عقد بين الطبيب ومن دعاه إذ من التعسف القول بأن الداعي قصد إلى التعاقد مع الطبيب لمصلحة المريض بل كانت دعوته مجرد رجاء إلى الطبيب لكي يشمل المصاب بعنايته ^(٢) . ومن باب أولى لا محل للقول

(١) مازان المرجع السابق ص ٥٧ ، تارن ذلك مع ما ستقوله في واجب الطبيب في قبول العلاج .

(٢) مازان المرجع السابق ص ١٨ ، بلانش روجيه المرجع السابق ص ٢٠٧ . ومع ذلك إن دلت ظروف الحال على أن من دعا الطبيب قصد إلى التعاقد معه كان من اللازم أن تفرق بين فرضين : فإذا كان من دعا الطبيب قد قصد إلى التعاقد باسمه لمصلحة المصاب وكانت له مصلحة شخصية من هذا التعاقد طبقت أحكام الاشتراط لمصلحة الغير — كما لو كان الداعي هو الشخص المشلول عن الحوادث وكان قصده التخفيف من نتائجها حتى لا يثقل عليه عبء التمريض (راجع سافانييه — المسؤولية ج ٢ بند ٧٧٥ ص ٣٩٠ ، قرب سنهوري الموجز في الالتزامات بند ٢٦٠ و ٢٦٢ ، ونظرية الغد بند ٨٠٥) .

أما إذا كان من دعا الطبيب قد قصد إلى التعاقد باسم المصاب ونياً عنه دون أن يكون =

بوجود عقد بين الطبيب والمصاب .

ولكن يحصل أن يشاهد الطبيب الحادثة فتدخل من تلقاء نفسه لإسعاف المصاب وهنا لا يمكن بطبيعة الحال أن يقال إن هناك عقداً بينهما . وما دنا قد قلنا بعلم وجود عقد بين الطبيب والمصاب فعلاقته به لا يمكن وصفها إلا بأنها من قبيل الفضالة ^(١) . فأول ركن من أركانها ^(٢) هو إرادة الفضولى أن يتصرف لمصلحة رب العمل بغير علم هذا الأخير أو موافقته ولحاجة ماسة ولا شك في توفر هذا الركن بالنسبة للطبيب الذى يسخر جهوده وفنسه فى سبيل رجع المصاب إلى وعيه وإنقاذه من الخطر

== مدفوعاً إلى ذلك بتطبيق مصلحة ذاتية طبقت أحكام الفضالة (قرب جوران طبعة ٣ شرح القانون المدنى ج ٢ بند ٣٠٠ ٤٤ و ١٤٤٤ ، والنهوى للوجز فى الالتزامات بند ٤١١ ، وبلائيول إسمان ج ٧ بند ٧٢٤) .

وعلى كلا الوضين تكون العلاقة بين الطبيب والمصاب علاقة تعاقدية لأن المصاب فى الحالة الأولى هو فى مركز المستفيد من الاشتراط وفى الحالة الثانية هو فى مركز رب العمل الذى يتوب عنه الفضولى نيابة قانونية فى التعاقد مع الطبيب الذى حقق مصلحة أكيدة له (راجع النهوى — الوجز فى الالتزامات بند ٤١٥ ، وجوران المرجع السابق بند ١٤٤٦ ، وكولان وكايتان طبعة ٨ المرجع السابق ج ٢ بند ٩٥٧ ص ٨٠٣ ، ديموج — الالتزامات ج ١ بند ١١٠ و ج ٣ بند ٥١ ص ٨٣ وعرائض ١٦/٧/١٨٩٠ ، وتطبيق بلائيول فى دالوز ١٨٩١ — ١ — ٤٩ . قرب دوهلتس ج ٢ ص ٣٠١ بند ٢٩ و ٣٠ . فلزن مع ذلك ديموج الالتزامات ج ٣ ص ٤٥ بند ٢٦ حيث يقول :

• Mais une personne peut elle dire qu'en exécutant un contrat passé avec une autre agissant *proprio-nomino* elle est devenue le gérant d'affaires d'un tiers par la seule exécution du contrat ?

Il a été jugé en ce sens qu'un médecin étant appelé près d'un malade par un tiers qui déclare répondre des honoraires le médecin avait toujours action contre le malade . (Toulouse 1er mai 1909. G. P. 1909.1.707. Rapp. Paris 15 mars 1905. D. 1907.2.357).

(١) ساهو للمرجع السابق ص ٦٤ ٤٤ ، هاى Hay للتشوية المدنية للأطباء رسالة ١٩٢٥ ص ٣٣ ، مازان للمرجع السابق ص ٥٩ ، ديموج الالتزامات ج ٣ بند ١٣ ص ٢٥ .
فلزن إميان ١٤/٢/١٩٠٦ سيري ١٩٠٩ — ٢ — ٢٢٥ .

(٢) سنهوى للوجز فى الالتزامات بند ٤٠٨ ٤٤ ، جوران للمرجع السابق بند ١٤٤١ طبعة ٣ ، حشمت أبو سبت — نظرية الالتزام بند ٥٥٧ ٤٤ .

المحقق به والمصاب بدوره غير قادر على أن يعبر عن موافقته على العناية التي أحيط بها إما لغيوبة وإما لتدهور نفسى شديد .

وسواء أشعر المصاب بتدخل الطبيب أم لا فإن فعله لا يخرج عن كونه فضالة ^(١) ما دامت إرادته لا تحتمل معنى الموافقة على هذا التدخل . وهذا الرأي هو الذي نصت عليه المادة ١٣٧٢ م ف وعليه جمهور الفقهاء في مصر وفي فرنسا ^(٢) ومع ذلك فقد ادعى البعض بوجود وكالة ضمنية كلما كان رب العمل عالماً بتدخل الفضولي ولم يمنعه .

ويلاحظ أن التكليف القانوني لفعل الطبيب لا يتأثر بواقعة تدخله من تلقاء نفسه أو بناء على دعوة فرد من الجمهور لأن العمل إذا حصل تنفيذاً لدعوة تلقاها الشخص من غير ذي صفة هي من قبيل الفضالة ^(٣) .

ولكن هل يمكن وصف فعل الطبيب الذي يسعف إنساناً شرع في الانتحار بأنه من قبيل الفضالة ؟ هل حقاً هو يتدخل لمصلحته ؟ أليس تدخله رغم إرادة المصاب التي أظهرها بالإقدام على الانتحار ؟ مثل هذه الحالة لحسن الحظ نادرة . وفضلاً عن ذلك فن غير المنظور أن يتقدم من أسعف بعد شروعه في الانتحار ليطالب بالتعويض الطبيب الذي أنقذ حياته رغم إرادته ^(٤) . ويلاحظ أنه في جميع الأحوال التي يعتبر فيها الطبيب فضولياً

(١) مازان المرجع السابق ص ٦٠ .

(٢) ديموج ج ٣ بند ١٤ ص ٢٦ المرجع السابق ، بودرى لاكاتيزي وبارد المرجع السابق طبعة ج ٤ ص ٢٧٩٠ و ٤٥٢ ، كوليو دي ساتير المرجع السابق ج ٥ بند ٢٤٩ مكرر ص ٣ ص ٦٦٣ ، وماركادي م ١٣٧٢ و ١٣٧٤ — ٢ ص ٢٦٤ ، دكتور خيال مذكراته غير المطبوعة في الالتزامات ، سنهوى للوجز في الالتزامات بند ٤١٢ ، ديولومب ج ٨ المرجع السابق بند ٦٥ ، ٤٤ ، هوك المرجع السابق ج ٨ بند ٣٧٨ ص ٥٠٠ . عكس لوران ج ٢٧ طبعة ٤ بند ٣٨٤ ص ٤٣٦ ، والتون الالتزامات ج ٢ ص ١٥٧ ، دي هلنس ج ٢ بند ١٤ ص ٢٩٨ .

(٣) كان ٣١ أبريل سنة ١٨٦٦ سري ١٨٦٧ — ٢ — ٥٦ ، قرب ديموج ج ٣ الالتزامات بند ١٣ ص ٢٥ ويند ٢٥ ص ٤٥ .

(٤) ساهو المرجع السابق ص ٦٦ ومع ذلك فارد دي هلنس ج ٢ المرجع السابق بند ١٥ ص ٢٩٨ ، ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٢٣ .

يكون ملزماً بأن يستمر في العمل الذي بدأ^(١) فقلبه أن يسهر على الجرح إلى أن يسترد صوابه ويشوب إلى رشده فيصبح قادراً على أن يدعو طبيبه المعتاد فتنتهي بذلك الفضالة أو يطلب منه الاستمرار في العناية به فتقلب الفضالة إلى عقد علاج فإن هجر الطبيب المريض وكانت حالته لا تسمح له بوقف العلاج بدون أن تتعرض حياته للخطر كان مستولاً إلا إذا كان قد عهد به إلى زميل له يسهر على أمره .

ويسأل الطبيب فضلاً عن ذلك عن أخطائه في العلاج إذ عليه أن يبذل في العمل الذي يقوم به عناية الرجل الحريص الحازم^(٢) ولكن ماهي طبيعة مسؤوليته في هذه الحالة ؟

يبنّا فيما تقدم أنه لتوجد مسؤولية عقدية يشترط أن يكون هناك عقد ومن ثم فالمسئولية في حالتنا لا يمكن إلا أن تكون تقصيرية^(٣) ومع ذلك فقد ذهب نفر من الفقهاء إلى اعتبار مسؤولية الفضولي بوجه عام مسؤولية عقدية^(٤) وهذا المذهب مبني على خلط غير مستساغ بين العقد وشبه العقد

(١) السهوري موجز الالتزامات بند ٤١٤ ، جوسران المرجع السابق بند ١٤٤٥ ، بلانيول إسمان ج ٧ بند ٧٣٠ ، ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٤١ ، حشمت أبو سنيت نظرية الالتزام بند ٥٦٤ م ٢٦٥ من مشروع تنظيم القانون المدني .

(٢) مازان المرجع السابق ص ٦٣ و ٦٤ . قرب جوسران المرجع السابق ج ٢ بند ١٤٤٥ ، سهوري الموجز في الالتزامات بند ٤١٤ ، حشمت أبو سنيت نظرية الالتزام بند ٥٦٤ م ٤٠٩ ، بلانيول إسمان ج ٧ بند ٧٣٠ ، ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٣٥ م ٦٤ م ٢٦٦ من مشروع تنقيح القانون المدني والذكرة الإيضاحية ج ٢ م ٢٥٧ ، — De Huits — Repertoire alphabétique de droit civil égyptien, t. II, No. 11 et 12, p. 297.

(٣) مازو المسئولية ج ١ بند ١٠٣ ، بران المرجع السابق ص ١٠١ بند ٨٤ ، لاكس المرجع السابق بند ٣٠ ، بونكاز — ملحق لفرح القانون للندى لبودري لاكتيفي ج ٢ بند ٥١١ م ٤٤ .

قرب بلانيول ريبير طبعة ١١ ج ٢ بند ٨١٢ وفرن ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٣ م ٦ الفقرة الأخيرة .

(٤) كولييه دي ساجير المرجع السابق ج ٥ بند ٥٤٤ مكررة ص ٧٣ ، ديمولوب شرح =

فالالتزامات الناشئة عن الفضالة ليست وليدة الإرادة من أى وجه ، بله توافق الإرادتين وإذا كنا نشاهد عملاً إرادياً من جانب الفضولى فليس هذا العمل هو الذى خلق هذه الالتزامات بل القانون هو الذى رتبها على حالة واقعية أوجدها عمل الفضولى وبغض النظر عما اتجهت إليه نيته أو نية رب العمل .

ومتى انتفى وجه الشبه بين العقد وشبه العقد وتبين أن هناك اختلافاً فى مصدر الالتزامات الناشئة عن كل منهما فليس منطقياً بعد ذلك أن نسوى بين قواعد المسؤولية التى تنطبق عليهما .

حقاً لقد قيل إن قواعد المسؤولية العقدية هى الأصل العام فى المسؤولية وإن قواعد المسؤولية التقصيرية لا تنطبق إلا إذا وقعت جريمة أو شبه جريمة ^(١) ولكن هذا القول لا يمكن قبوله لأن قواعد المسؤولية التعاقدية وضعت لتحكم التزامات إرادية فى منشئها إرادية فى آثارها فطبيعتها تأبى أن تطبق على الالتزامات غير التعاقدية والأولى إذن أن تخضع هذه جميعها لقواعد المسؤولية التقصيرية ^(٢) .

وإذا كنا الآن قد كشفنا عن طبيعة علاقة المريض بالطبيب إذا تدخل من تلقاء نفسه وأبشاً أن تدخله هذا من قبيل الفضالة فإنه يبقى أن نحدد علاقة الطبيب بالمريض فى حالة كثيرة الوقوع عملاً — يتدخل فيها الطبيب كذلك بغير دعوة من المريض — وهى حالة الطبيب الذى يعمل بإحدى المستشفيات أو المشروعات الخاصة .

== العقود والالتزامات الرضائية طبعة ٢ ج ١ بند ٤٠٤ ، بودرى وبارد الالتزامات طبعة ٣ ج ١ بند ٣٥٨ ص ٤٠٣ ، لوران ج ١٦ طبعة ٤ بند ٢٣٢ ص ٢٩٦ ، Ronard de Card ، France Judiciaire, 1891, p. 99.

(١) قس المرجع المشار إليها فى الهامش السابق .

(٢) بونكاز ملحق لمرح القانون المدنى لبودرى لا كاتينيزى ج ٢ بند ٥١١ ؟؟ خاصة بند ٥١٤ ص ٦٣١ .

ب - هالة الطبيب المعين من قبل مستشفى أو صاحب مشروع خاص :

يحدث أن يعقد طبيب مع مستشفى أو إدارة شركة أو مصنع عقد إيجار أشخاص^(١) بمقتضاه يلتزم بعلاج المرضى الذين يلتجئون إلى المستشفى أو العمال الذين يصابون أثناء العمل . في هذه الحالة لا شك في وجود عقد بين الطبيب والهيئة أو الشخص الذي تعاقد معه وهذا العقد ينظم علاقتهما المتبادلة ولكن الطبيب في تنفيذه لهذا العقد يدخل في علاقات مباشرة مع المرضى فعلى أى أساس تحدد علاقتهما ؟

الطبيب ملزم بتقديم خدماته لأشخاص لم يرتبط معهم بأى اتفاق والمريض يعهد بالعناية بصحته إلى شخص لم يختره بل ولا يستطيع رفض خدماته دون أن يفوت على نفسه مصالح جديّة فكيف يمكن تحليل مركزه من الناحية القانونية ؟

يبدو أن هناك اشتراطاً لمصلحة الغير^(٢) وإذا كان الاشتراط يفترض وجود عقد أصلى يحمل عليه الاشتراط فهذا ما يحصل في حالتنا إذ العلاقات بين الطبيب والمريض ما هي إلا نتيجة لعقد إيجار الأشخاص الذى تم بين الطبيب وأصحاب المصنع أو المحل التجارى أو المستشفى . فالطبيب وهو المتعهد يلتزم قبل إدارة المصنع أو المستشفى أو المحل التجارى وهى المشترطة بأن يعمل شيئاً لمصلحة المرضى وهم المستفيدون من الاشتراط .

(١) ساهو المرجع السابق ص ٦١ ، ديفلو المرجع السابق ص ٤١ ، بلانش روديه المرجع السابق ص ٢٠٩ ، موتيليه ١٩٣٣/٢/٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣ - ٢٧٥ .
وسنعود إلى مناقشة طبيعة العلاقة بين الطبيب والمستشفى في موضع آخر .

(٢) ساهو المرجع السابق ص ٦١ ، ديفلو المرجع السابق ص ٤٢ ، بلانش روديه المرجع السابق ص ٢٠٩ ، مازان المرجع السابق ص ٦٧ ، آبل المرجع السابق ص ٧٨ ، سافاتييه في السئولية ج ٢ بند ٧٧٥ .

١٠ ١٩١٣/٦/٣٠ دالوز ١٩١٥ - ٢ - ٤٩ سبرى ١٩١٣ - ٢ - ٢٧٧ قرب باريس ١٩١٣/٦/٦ دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ١١٧ ومرسيليا ١٩٣٨/٢/١٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ - ٢٥٢ .

حقاً إن الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود مصلحة للمشتراط حتماً ولكن المحاكم توسعت في فهم هذه المصلحة فاكثفت بأية مصلحة ولو كانت أدنية^(١) وفي حالتنا ليس من الصعب أن تبين وجود مصلحة للمشتراط . ففي حالة المستشفى هذه المصلحة أساسية بل هي تختلط بأغراض المستشفى فغاية المستشفى هي تقديم العلاج اللازم لمن يعانون آلام المرض فاتفاهة مع أحد الأطباء داخل في تحقيق أغراضه . والمصلحة موجودة أيضاً في حالة رب المصنع أو صاحب المشروع التجارى الذى يتفق مع طبيب على علاج عماله ففضلاً عما في ذلك من ترغيب للعالم بالعمل عنده فهو يضمن لهم بهذا الاشتراط علاجاً معنى به فلا تطول مدة انقطاعهم عن العمل ولا يزيد عليه عبء التعويض في الأحوال التى تتوفر فيها مسئولته .

ولن يفترض بأن الاشتراط هنا حصل لمصلحة أشخاص غير معينين وقت العقد ما دام أنهم قابلون للتعين وقت تنفيذه^(٢) فهناك إذن وبغير شك اشتراط لمصلحة الغير^(٣) وتكون للمستفيد دعوى مباشرة مستمدة

(١) بلانيول إسمان ج ٦ المرجع السابق بند ٣٥٣ ، سنهورى نظرية العقد بند ٨١١ ، جوسران ج ٢ طبعة ٣ بند ٢٨٤ .

(٢) بلانيول ريبير طبعة ١١ ج ٢ بند ١٧٣٥ ؟؟ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بند ٢٤٦ ، سنهورى نظرية العقد بند ٨٠٠ ، كولان وكايتان المرجع السابق طبعة ٨ ج ٢ بند ١٣٦ ، بلانيول إسمان ج ٦ بند ٣٦٧ .

(٣) ومع ذلك إذا كان رب السِّل قد قصد من الاتفاق مع الطبيب تحقيق مصلحته الشخصية دون أن يقصد إعطاء المال حقاً مباشراً من العقد فظاهر أن لا اشتراط لمصلحتهم (راجع ١/٥/١٩٠٠ سيمى ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ ودالوز ١٩٠٢ — ٢ — ٣٣ . قرب سنهورى نظرية العقد بند ٨٠٦ ، جوسران دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦٣ عمود ٢ فقرة أول) ومن ثم فلا يكون لهم حق مباشر قبل الطبيب (A.L. في دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ عمود أول) ، ولكن إذا لم يكن للمال أن يستعملوا الدعوى التصاقية بطريق مباشر فلم — لأن كان رب العمل قد تمهد ببلاجهم — أن يستعملوا الدعوى التصاقية بطريق غير مباشر وهى الدعوى التى لرب العمل قبل الطبيب استناداً إلى العقد الذى تم بينهما (مازان للرجع السابق ص ٦٩ ، بلانش روديه للرجع السابق ص ٢١٠) .

من العقد يستعملها قبل المتعهد ليطالبه بتنفيذ التزامه^(١) ومقتضى هذا أن تكون مسؤولية الطبيب عقدية^(٢).

ح - حالة الطبيب الذى يعمل بمستشفى عام :

وإذا كنا قد انتهينا إلى القول بوجود علاقة تعاقدية بين الطبيب الذى يعمل بمستشفى خاص وبين المريض ، فهل ينطبق هذا القول على تكيف العلاقة بينه وبين الطبيب الذى يعمل بمستشفى عام .

قبل ينطبق هذا فى حق رجال الجيش ، إذ المفروض أن الدولة قد عقدت اشتراطاً لمصلحتهم مع الأطباء الذين يعملون بالمستشفيات العسكرية^(٣).

ونحن نلاحظ على هذا القول ، أنه لا يمكن التسليم بهذا الوضع فيما يتعلق بالمستشفيات العسكرية ، حتى لو سلمنا جدلاً بوجود اشتراط لمصلحة الغير فى علاقة أطباء المستشفيات العامة بالمريض ، إذ لن يكون لرجال الجيش الحرية فى قبول هذا الاشتراط المزعوم أو رفضه ، بل هم ملزمون بأن يعالجوا أنفسهم فى المستشفيات العسكرية دون أن يكون لهم الحق فى رفض.

(١) بلانش روديه المرجع السابق ص ٢١٠ ، ساهو المرجع السابق ص ٦٣ ، مازان المرجع السابق ص ٦٨ ، بلانيول ريبير إسمان المرجع السابق ج ٦ بند ٣٦٣ ، بودرى وبارد المرجع السابق ج ١ طبعة ٣ بند ١٦٠ ، كولان وكايتان طبعة ٨ ج ٢ بند ١٣٠ .

أو ١٩١٣/٦/٣٠ سىرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ .

(٢) بران المرجع السابق بند ٣٠٥ ص ٣٣٣ ؟؟ ، ديموج الالتزامات ج ٥ بند ١٢٤٣ ص ٥٥٢ . فارون مازو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٨ ص ٢٥٢ . ومع ذلك فإن بعض الشراح (كولان وكايتان المرجع السابق طبعة ٨ ج ٢ بند ١٣٥ ص ١٣٤) ترددوا فى إعطاء الدعوى التعاقدية لثالث المصنف من الاشتراط خاصة فى التمتع بالضمانات التى أوجبها الشرط على التصهد . والواقع أنه لا محل لهذا التردد ، لأن الفرض من الاشتراط لمصلحة الغير هو أن ينشأ حق مباشر للغير من العقد (سافاتييه ج ١ المرجع السابق فى المسؤولية بند ١٣٩ ص ١٨٣ ، مازو ج ١ طبعة ٣ المرجع السابق بند ١٣٦ ، بلانيول إسمان المرجع السابق ج ٦ بند ٤٩٢ الفقرة الأخيرة ص ٦٨٣ . فارون جوسران فى فالوز ١٩٣٣ — ١ — ٨٧٧) .

(٣) مازان المرجع السابق ص ٦٩ .

خدمات الأطباء الذين يعملون فيها ، فالمفروض — كما سنرى عند مناقشة واجب الطبيب في أخذ رضا المريض بالعلاج — أنهم قد تنازلوا بانخراطهم في الجندية عن حقهم على أجسامهم لمصلحة المجتمع ، وليست هناك ضرورة لأخذ رضائهم عن علاج تستلزمه مصلحتهم والمصلحة العامة .

وبعد هذا فهل يمكن حقاً اعتبار العلاقة بين المريض والطبيب في المستشفى العام علاقة ناشئة عن اشتراط لمصلحة الغير ؟

قلنا إن الاشتراط لمصلحة الغير ، يفترض وجود عقد بين المشتراط والمتعهد ، وهذا يقتضى أن توصف العلاقة بين الطبيب والدولة بأنها علاقة تعاقدية فهل هذا سائغ ؟

كانت النظرية السائدة في مصر ^(١) إلى عهد غير بعيد أن الصلة بين الموظف والدولة تنطوي على عقد من عقود القانون المدني ، كان يوصف في الغالب بأنه عقد إجارة أشخاص . فلما أخذت معالم القانون الإداري تستبين ، والخصائص المميزة لأحكامه تتجلى ، ذهب بعض الأحكام ^(٢) ، جرياً على رأى طائفة من الفقهاء الفرنسيين ^(٣) ، إلى اعتبار هذه الرابطة

(١) مصر الابتدائية في ١٩٠٦/٤/٥ و ١٩٠٦/١٢/١٣ في رسالة خيانات الموظفين للدكتور اسماعيل زكي ص ٤٠ س م أهلية ١٩١٨/١/١٧ مجموعة رسمية ١٩١٨ رقم ٤٠ ص ٥٨ و ١٩٢٣/٢/٢٧ مجموعة رسمية ١٩٢٤ ص ٩٦ رقم ٥٦ ، محكمة أدفو الجزئية ١٩٢٦/١/٢١ ، وبين مزار الجزئية ١٩٢٦/١/٥ بمحكمة سنة ٦ ص ٣٦٧ رقم ٢٦٦ ص ٣٦٢ رقم ٢٦٥ تنص في ١٩٢٦/٣/٢ مجموعة رسمية سنة ٢٧ رقم ٦٦ ص ١٠٢ ، وفي القضاء المختلط راجع سم ١٨٩٧/٢/١٠ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٩ ص ١٨١ ، سم ١٨٨٨/١١/٢٢ و ١٨٨٩/٢/٢٠ مجموعة التشريع والقضاء سنة ١ ص ٢٩٧ و ٢٩٩ ، سم ١٩٠٣/٤/١٥ مجموعة التشريع والقضاء سنة ١٥ ص ٢٤٤ ، سم ١٩١٤/١/١٣ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٦ ص ١٣٩ .

(٢) أنظر بهذا المعنى سم أهلية في ١٩٣٢/٦/١٢ مذكور في رسالة الدكتور اسماعيل زكي السابق الإشارة إليها ص ٤٢ .

(٣) بيريكه Perriquet عقود الدولة طبعة ٢ بند ٤٧٣ وراجع في عرض هذه الفكرة واتخاذها يونارد الموجز في القانون الإداري طبعة ١٩٣٥ ص ٣٧٤ ؟؟

رابطة تعاقدية من روابط القانون العام ، فاستبقت بذلك الأساس التعاقدى وإن ميزتها عن عقود القانون المدنى .

أما مجلس الدولة فى فرنسا ، فقد جرى بعد منتصف القرن التاسع عشر بقليل ، على أن مركز الموظف مركز نظامى وليس تعاقدياً وأن ما للوظيفة بناء على ذلك من حقوق وما عليها من واجبات مستمد من نصوص القوانين واللائح مباشرة . وإلى هذا رأى اتجه القضاء فى مصر ^(١) سواء فى المحاكم الوطنية أم فى المحاكم المختلطة حتى يمكن القول الآن بأن القضاء مستقر على اعتبار علاقة الموظف بالحكومة علاقة نظامية .

ونحن وإن كنا لا نستطيع هنا الإحاطة بكل الحجج التى قبلت فى تأييد الرأى الذى أخذت به المحاكم وانتقاد الرأى الآخر ^(٢) ، يكفينا أن نشير إلى ما قاله دوجى ، من أن مركز الموظف محكوم وبطريق مباشر بقانون المرفق العام الذى يسام فى خدمته . فالقانون عند ما ينشئ الوظيفة ينشئ معها مركز من يشغلها ، بحيث إن الامتيازات والتكاليف المتعلقة بها لا يحدد منها شخص الموظف بل النظام العام . والقانون إذ يقرر هذه الامتيازات

(١) س . م . ١٩٣٠/٣/٢٤ مجموعة رسمية سنة ٣١ ص ٢٩٣ رقم ١١٤ ، س . م . ١٩٣٠/٥/٥ و ١٩٣٣/٣/١٢ علامة سنة ١٣ رقم ٦٣٥ . قرب نفس مدنى ١٩٣١/١٢/٣١ مجموعة رسمية سنة ٣٣ عدد ٨٥ ص ١٦٤ ، وراجع أيضا الأحكام التى ذكرها الدكتور اسماعيل زكى فى رسالته عن ضمانات الموظفين ، وفى القضاء المختلط راجع سم ١٨٩٣/١/١١ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٥ ص ٧٦ ، سم ١٩٠٤/١٢/٢١ مجموعة التشريع والقضاء سنة ١٧ ص ٣٨ ، سم ١٩٠٧/١/٢٣ مجموعة التشريع والقضاء سنة ١٩ ص ٩٠ ، سم ١٩٠٨/٤/٨ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٠ ص ١٦٤ ، سم ١٩١٤/١٢/٣١ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٧ ص ٩٨ ، سم ١٩١٥/٣/٣ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٧ ص ١٨٨ ، سم ١٩١٥/٦/٢٩ مجموعة التشريع والقضاء سنة ٢٧ ص ٤٤٢ .

(٢) هوروي فى القانون الادارى طبعة ١١ ص ٥٩١ ، جيز فى مبادئ القانون الادارى طبعة ٣ سنة ١٩٢٥ ص ٤٤ و ٤٥ (الفن القانونى فى القانون العام الفرنسى) ، ابنتون فى القضاء الادارى بند ٢٤٣ ، جيز فى المبادئ العامة فى القانون الادارى (فى سير الصالح السومية) طبعة ٣ سنة ١٩٢٦ ص ٧ و ٨ و ٤٢٣ و ٤٤٤ .

والتكاليف لا يريد بهذا مصلحة الموظف نفسه بل مصلحة المرفق العام^(١). وهذا هو ما يفسر لنا أن كل تعديل في كادر الموظفين بتخفيض مربوط حرجاتهم أو زيادة العمل المجهود إليهم يسرى عليهم بغير حاجة إلى رضاهم، ولو أن الصلة بين الموظف والإدارة أساسها عقد لاختلف الحال، ولوجب على طرفي التعاقد احترام شروطه، باعتبار أن هذه الشروط شريعة المتعاقدين^(٢).

ومما يؤكد أن مركز الموظف العمومي نظامي وليس بتعاقدى، أن الحكومة تلجأ إلى السبيل التعاقدى في بعض الأحيان وفي أحوال خاصة، مما يدل على أن الأصل في التعيين هو عدم التعاقد^(٣).

ومما اتفتت الرابطة العقدية بين الموظف والدولة، أو بعبارة أخرى بين الطبيب والشخص المعنوى العام القائم بإدارة المستشفى الذى يعمل فيه، امتنع القول بوجود اشتراط لمصلحة المرضى. فعلى أى أساس تتحدد علاقتهم، إن كان ثمة علاقة بالطبيب؟

بدىهى أنه لا يمكن أن توصف هذه العلاقة بأنها من قبيل الفضالة لأن علاقة الجمهور بالدولة تخوله الحق في الاستفادة من المرافق العامة بالمجان، والدولة لا يمكنها أن تقوم بهذه الخدمات إلا بواسطة موظفيها، فالطبيب

(١) دوجى شرح القانون الدستورى ج ٣ § ٦١ ص ١٠٣ و ١٠٤، بونارد الموجز فى القانون الإدارى طبعة ١٩٣٥ ص ٣٦٧.

(٢) هوروي المرجع السابق ص ٥٩٢ و ٥٩٣، دكتور اسماعيل زكى المرجع السابق ص ٣٥، بونارد المرجع السابق ص ٣٦٧ و ٣٦٨، جيز المرجع السابق ص ٨، ابنتون المرجع السابق ص ٤٥٤ بند ٢٤٣.

محكمة الاستئناف المختلطة فى ١١/١/١٨٩٣ مجموعة التصريح والقضاء سنة ٥ ص ٧٦.

(٣) راجع فى تأييد هذا الرأى كتاب مبادئ القانون الإدارى المصرى للدكتور محمد زهير جرانة طبعة ١٩٤٤ ص ١٤٨، دكتور اسماعيل زكى المرجع السابق ص ٣٥، بونارد المرجع السابق ص ٣٧٦، بيغوف الوظيفة العامة والمقد ص ٤٤.

في القيام بأعباء وظيفته في المستشفى لا يعتبر فضولياً (١) .

والحقيقة أنه لا توجد أية علاقة بين المريض والطبيب ، بل العلاقة تنشأ بطريق مباشر بين المريض والدولة القائمة بأمر المستشفى ، وهذه العلاقة كما سنرى فيما بعد هي علاقة قانونية تخضع للقانون المنظم للمرفق العام وسنرى كذلك كيف أن شخصية الطبيب تندرج في شخصية الدولة فتتطوى بذلك مسؤوليته تحت مسئوليتها (٢) .

والخلاصة أنه يشترط لتعتبر مسؤولية الطبيب عقدية أن يكون هناك عقد ، ولكن هذا لا يكفي بل يجب أن يكون العقد صحيحاً .

ثالثاً - يجب أنه يكون العقد صحيحاً

العقد الباطل لا يترتب عليه التزام ، والمسئولية عنه تكون إذن تقصيرية (٣)

(١) ديموج ج ٣ بند ٢٠ .

(٢) كولار ١٧/٢٤/١٩٣٦ ، دغلو للرجع السابق ص ٤٦ و ٤٧ .

(٣) بهجت بدوى أصول الالتزامات ج ١ بند ١٧٤ . وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ ص ٤٠٣ بند ٣٥ ، مصطفى مرعي للمسئولية طبعة ٢ بند ١٤ ، مازو طبعة ٣ ج ١ بند ١٢٣ و ١٢٤ ، بران للرجع السابق بند ٣٢٧ ، بريتون في سيرى ١٩٣٧ - ١ - ٣٢١ ، سنهوري نظرية العقد بند ٥٩٢ ، ديموج ج ٥ الالتزامات بند ١٢٤٠ ، ديمولومب للرجع السابق ج ٢٤ بند ١٠٣ ، لاروميير ج ١ - ١١١٠ بند ١٢ ، كولي دي ساتير ٥ ص ١٩ بند ١٦ مكرر ٤ ، يفتوار للملكية والعقد طبعة ٢ ص ٩٥ الفقرة الأخيرة و ص ٩٦ بلايول طبعة ١١ للرجع السابق ج ٢ بند ١٤٢٦ .

ومع ذلك فقد ذهب ليهيرج إلى اعتبار المسئولية عقدية في بعض الأحوال طبقاً لنظرية الخطأ في تكوين العقد ؛ ومقتضى هذه النظرية أن كل متعاقدين تسبب ولو عن حسن نية في إيجاد مظهر كاذب للعقد باطل اطمأن للمتعاقد الآخر إلى أنه صحيح يلتزم بمقتضى هذا العقد الباطل أن يوضع على المتعاقدين الآخر ما أصابه من الضرر بسبب الخسائنه إلى العقد بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقدا . وأساس هذا الالتزام خطأ متعاقدي مبنى على عقد ضمان ضمنى الزم باعتباره كل متعاقدين أنه يضمن للمتعاقد الآخر صحة التعاقد وألا يوجد في جانبه سبب يوجب بطلان العقد فإذا وجد هذا السبب في جانب أحد المتعاقدين اعتبر هذا التعاقد محلاً لالتزامه ووجب أن يدفع تعويضاً . أما كيف تم عقد الضمان هذا فلا يدعى ليهيرج أنه أيرم على وجه =

== صريح فيها بين المتعاقدين بل هو يستخلصه ضمناً من ظروف التعاقد وعلى ذلك فكأن أن كلام من الطرفين يضمن للأخر بعد انقضاء العقد تنفيذ ما وعد به أى يضمن له مصلحته الإيجابية في تنفيذ العقد فهو كذلك يضمن له مصلحته السلبية في توضيحه إذا تبين أن العقد باطل لسبب كائن في شخصه (إيهريج أعماله المختارة ترجمة ميلينير الفرنسية ج ٢ بند ١٦ ص ٣٨ ؟؟ ، وراجع في الأخذ بنظرية إيهريج بودرى لا كاتينرى وإيراد المرجع السابق طبعة ٣ ج ١ بند ٣٦٢ ، لاييه في سيري ١٨٨٢ — ٢ — ٢٤٩ عمود ثالث الفقرة الأخيرة و ٢٥٠ عمود أول الفقرة الأولى ، سالى الالتزامات في القانون الألماني طبعة ٣ بند ١٦١ ص ١٧٦ و ١٧٧ م ٢٠٤ من مشروع تنقيح القانون المدني المصرى ، قرب بلانيول إسمان المرجع السابق ج ٦ بند ١٨٩ ص ٢٥٢ وبند ٤٩٢ ص ٦٨٣ ، ومع ذلك فارن بند ٣٢٤) وإذا كانت نظرية الخطأ في تكوين العقد دعت إليها اعتبارات تاريخية (إيهريج أعماله المختارة المرجع السابق ج ٢ ص ١٠ بند ٤٤ وبتد ١٠ ص ٢٢ ؟؟ ، بهجت بدوى آثار التصرفات الباطلة في مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ ص ٣٧٩ ؟؟ ، بند ١٧ ؟؟) فانه لم يعد لها مبرر الآن بعد أن زالت هذه الاعتبارات (سنهورى نظرية العقد بند ٥٩٣ ، بهجت بدوى المرجع السابق بند ٣٧ ، مازو المجلة القصصية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق ص ٥٨٨ بند ٢٨ ؟؟ ، وبند ٢٢ ؟؟ ، ص ٥٨٢ ، مازو في السؤولية ج ١ بند ١٢٣ و ١٢٤ ديموج الالتزامات ج ١ بند ٣٥ ص ٩٦ ؟؟ ، بران المرجع السابق ص ١٦٢ ، بلانيول ج ٢ طبعة ١١ بند ١٤٢٦) خاصة وأنها نظرية في ذاتها منتقضة لقيامها على افتراض وهمي لا يعبر عن الواقع في شيء فهي تجعل مصدر السؤولية عقداً ضمناً يصعد بمقتضاه المتعاقد بضمان صحة التعاقد ونحن إنما نتناول هذا العقد ونعسر عليه المتعاقد قسراً ولا تنسحق في ذلك مع نيته (سنهورى نظرية العقد بند ٥٩٣ ، مازو طبعة ٣ ج ١ بند ١٢٣ مصطفى صهيى السؤولية طبعة ٢ بند ١٣ و ١٤ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٢٧٧) .

هل معنى هذا أن السؤولية تكون قهصيرة ؟ ألا يمكن تبرير السؤولية التعاقدية هنا بالاستناد إلى نظرية احترام الظاهر .

حقيقة إن العقد الباطل ليس من شأنه أحداث أية رابطة قانونية إنما قد لا يبدو البطلان واذن فضيحة العقد فائعة . فهل لا يمكن القول بأن هذا العقد الظاهر من شأنه صنع السؤولية بحسبها تعاقدية . وهل لا يمكن لمن لم يكن له يد في البطلان أن يستند الى حسن نيته ليدعى لنفسه مركز المتعاقد الظنى (عرض إيهريج هذه النظرية في المرجع السابق بند ١٣ ص ٣١ ؟؟ ورفضها) إن كانت له مصلحة في ذلك .

الواقع أنه لا عمل لاستناد أحد الطرفين إلى حسن نيته إذ ليس ثمة نص يعطى للمتعاقد حسن النية مكرراً أفضل من حيث إنتاج العقد الباطل لآثاره فلو أننا أردنا أن نجعل للعقد الباطل أثراً احتراماً للظاهر لوجب الاعتراف بهذا الأثر سواء قبل الأشخاص حسن النية أم سئى النية . ويبدو إذن ما لهذا رأى من خطورة . ذلك أن الاعتراف بوجود العقد الظاهر يجب منطقياً ألا يقتصر أثره على تحديد طبيعة السؤولية بل يجب أن يصعد الى سائر النواحي الأخرى الأمر ==

ويطال العقد إذا لم يؤخذ رضا المريض بالعلاج^(١).

والحال كذلك إذا كان السبب غير مشروع أو مخالفاً للأداب^(٢) كما لو كان الغرض من العقد إجراء تجربة طبية خطيرة لا تدعو إليها حالة المريض الصحية^(٣) وهذه الفكرة تبرر الأحكام الفرنسية التي استندت إلى المادة ١٣٨٢؛ في الحكم على الطبيب بالمسئولية لإجرائه عملية تحميل لا يتناسب خطرها مع الفائدة التي ترجى منها^(٤).

رابعاً — يجب أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب خفيًا لعدم تنقيد التزام ناشئ عن عقد المعوج^(٥) : وإذن فمسئولية الطبيب تكون تقصيرية إذا كان الخطأ المنسوب إليه لا يمت بصلة إلى الرابطة العقدية كإعطاء شهادة مجاملة لإدخال شخص في مستشفى المجاذيب^(٦) أو عدم التنبيه

== التي ينتهي بنا إلى هدم القواعد الخاصة بالبطان .

وإذا كان القضاء قد أثر بعض الأمر العقد الظاهر كعصر قانوني بالنسبة لغير فإن الإقرار بأثر له بهذا الوصف فيها بين المتعاقدين من شأنه أن يهدم قواعد البطان . وهكذا فانا ننهي إلى تلك الحقيقة الأولية — ما دام العقد باطلا فالرابطة معدومة — ومن ثم فالمسئولية تقصيرية (أنظر المراجع المشار إليها في صدر هذا المبحث) .
(١) لوكاس للرجع السابق بند ٣٣ ، ديوران إختافات الاعفاء من المسئولية بند ٥٦ ص ١٥٦ و ١٥٧ .

(٢) ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٧٣ وتعليق لالو .

(٣) محكمة السين في ١٦/٥/١٩٣٥ في دالوز ١٩٣٦ — ٢ — ٩ وتعليق ديوا ، وحكم ليون المشار إليه في المبحث السابق ، ودتيودي فاير في النشرة الطبية الفرنسية سنة ١٩٣١ ص ٤١٤ .

(٤) ديوران للرجع السابق بند ٥٦ ص ١٥٦ و ١٦٠ ولنا عود إلى هذا الموضوع .

(٥) لالو طبعة أولى بند ١٦٧ طبعة ٢ بند ٤٢٧ ، لوكاس للرجع السابق بند ٣٣ ، مازان للرجع السابق ص ٣٧ ، قرب بران للرجع السابق ص ١٩١ .

(٦) نيم ١٩١١/٧/٣ دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٨٥ سيمى ١٩١٣ — ٢ — ١٧٧ ، قرب لوكاس — للرجع السابق بند ٣٠ ، ديوران للرجع السابق ص ١٥٦ بند ==

إلى أخطاء مطبعية خاصة بتحديد جرعة الدواء مما تسببت عنه وفاة شخص^(١).

خاصاً — يجب أنه يكون المرعى صاحب حق في الاستناد إلى الضرر^(٢) :

وهي مسألة دقيقة . وليان بعض الصعوبات التي تثيرها يجب أن نفرق بين شكلين للعقد الطبي :

أولاً — إذا كان الذي اختار الطبيب هو المريض أو من ينوب عنه قانوناً : وكان هو الذي رفع عليه دعوى المسؤولية فستوليته بلا شك عقدية ، فإذا مات المريض نتيجة خطأ الطبيب كان هناك افتراضان :

الفرصة الأولى : إذا كان من رفع الدعوى من غير الورثة فلا شك أن دعواه تقصيرية لأنه من الضير بالنسبة للعقد الذي أجراه المتوفى مع الطبيب^(٣) وهذا هو رأي أغلب الفقهاء^(٤) .

ومع ذلك فإن المحاكم في فرنسا قررت بشأن عقد النقل أن أقارب

— ٥٦ — ، بران المرجع السابق ص ٢٦٦ بند ٢٤٠ ، نفس ١٩٠١/١/١٨ دالوز ١٩٠٤ — ٢ — ٣٧٠ .

(١) سين ١٩١١/٤/١٣ مذكور في لالو طبعة أولى بند ١٦٧ طبعة ثانية بند ٤٢٢ ، ويران المرجع السابق ص ٢٦٦ .

(٢) بريتون في سيري ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ .

(٣) ولكن هل يجوز لمن يعتبر غيراً بالنسبة للعقد أن يستند إلى عدم تنفيذ للطالبة بالتعويض عن ضرر لحقه ؟ ألا يصير هذا خروجاً على نية العقود ؟

الواقع أنه يشترط حتى يجوز للغير أن يستند إلى عدم تنفيذ عقد ألا يكون قصده من ذلك أن يتجسس لمصلحته بالتزام وضع لمصلحة أحد المتعاقدين غلب أما الادعاء بأن شخصاً أجرى عقداً وأنه لم ينفذ التزامه فهو ادعاء بواقعة مادية يجوز للكافة الاحتجاج بها دون أن يكون هناك خروج على قاعدة نية العقود (مازو في المسؤولية طبعة ٣ ج ١ بند ٣/١٤٤ ، سافاتييه مبدأ نية العقود — المحلة الفصلية ١٩٣٤ ص ٥٢٥ ، سافاتييه في دالوز ١٩٣٤ —

١ — ٥٩ — أنظر رابا (١) ص ٦١ ، Lalou — Les ayants droits à l'indemnité , à la suite d'accidents mortels, D. H. 1934, p. 27.

(٤) جوران — النقل طبعة ٢ بند ٩٢١ مكرر ، لالو طبعة أولى في المسؤولية بند ٢٨١ وطبعة ٢ بند ٦٥٠ ، بران المرجع السابق ص ٣٣٦ بند ٣٠٩ .

المسافر لم الحق في استعمال الدعوى التعاقدية حال وفاته ^(١) مستندة في ذلك إلى إحدى فكرتين :

فتارة اقرصت أن المسافر اشترط تعويضاً في حالة وفاته لمصلحة كل من كان ملزماً قبلهم بالمساعدة التزاماً قانونياً (م ٢٠٣ ف و ٢١٢ م) ^(٢) أو على حد تعبير حكم آخر لمصلحة من لم حق طبيعي أو قانوني في الاستفادة من وجوده ^(٣).

وتطبيق هذه الفكرة على المسؤولية الطبية أمر هين فيكون لمن كان لم الحق في الاستفادة من وجود المتوفى أن يتمسكوا باشتراط عقده المتوفى لمصلحتهم .

ولكن هذه الحيلة مبنية على افتراض تحكي ^(٤) إذ لم بدر في خلا

-
- (١) قس ١٩١٣/٤/٢١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٤٩ سبى ١٩١٤ - ١ -
- وتطبق ليون كان ، جرينويل ١٩٢١/٣/١٥ دالوز ١٩٢٢ - ٢ - ٧٥ ،
أغبر ١٣ مايو سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ - ٢ - ١٦١ وتطبق جوسران ، قس
١٩٣٢/١٢/٦ دالوز ١٩٣٢ - ١ - ١٣٧ سبى ١٩٣٤ - ١ - ٨١ .
(٢) قس ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ سبى ١٩٣٤ - ١ - ٨١ دالوز ١٩٣٣ - ١ -
١٣٧ .
(٣) بورجوان في ١٩٢٠/١١/٨ في دالوز ١٩٢٢ - ٢ - ٢٦ . ولقد جاء في
حيثيات هذا الحكم في السود الأول من ص ٧٧ : « Attendu qu'il serait contraire au droit et à l'équité de décider que les héritiers du victime ont seuls qualité pour se prévaloir du contrat de transport ; que d'une part en équité une telle solution aboutirait à priver une veuve du bénéfice du contrat alors qu'un simple héritier testamentaire pourrait s'en prévaloir au moins en principe ; que d'autre part en droit le contrat de transport d'une personne ne vise pas simplement comme celui d'un objet de valeur incorporée dans un patrimoine valeur qui passe tout entière dans la succession de celui qui la possède ; qu'il vise nécessairement toutes les forces matérielles et morales représentées par la personne transportée c'est à dire une valeur productive qui n'a rien de commun avec celle de ses biens succeraux ; qu'il constitue donc une stipulation au profit de tous ceux qui ont un droit naturel et legal à bénéficier non de biens mais de l'existence de la personne transportée » .
(٤) ملزو للمسئولة طبعة ٣ ج ١ بند ١٤١ ، رواست دالوز ١٩٢٢ - ٢ - ٢٦

المسافر أو المريض أن يفكر فيمن يستفيدون من وجوده وقت أن تعاقد، ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن متولى النقل أو الطيب قد قصد أن يلزم قبل عدد غير محدد من الأشخاص .

وتارة أخرى اتجهت بعض المحاكم إلى اعتبار الأقارب خلفاء للمتوفى . ففي العقود التي تضع حياة الإنسان موضع الخطر قالت بأنه يفترض أن المجنى عليه يمثل إلى جانب ورثته كل من كانت تربطه بهم رابطة تعاضد ومساعدة فهم خلفاء له يستمدون حقوقهم من العقد ذاته ^(١) .

ولكن هذه الفكرة لا تقوى أمام النقد ^(٢) إذ لا يفهم كيف أن

= المود الأول ، بران المرجع السابق ص ٣٣٨ بند ٣١٠ ، جوسران تحت ١٢/٦/١٩٣٢ و ٢٤/٥/١٩٣٣ في دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٢٨ المود الأول وجوسران في دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦٣ مود ٢ ، جوسران النقل بند ٩٢١ مكرر ، ريبير النظام الليتوفاطي والقانون المدني بند ١٧١ ، بریتون في سيرى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ ، ثارن إسبان في سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٨١ وهو يؤيد فكرة الاشتراط .

(١) استئناف جرينوبل في ١٥/٣/١٩٢١ ، دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ ، ولقد جاء في حثياته (س ٢٨ المود الأول) : « Attendu il est vrai qu'ils objectent : que s'agissant d'une responsabilité contractuelle ceux la seuls peuvent en arguer qui sont héritiers ou ayants cause de la victime et que tel ne serait pas le cas du mari de la dame Palot ; — mais attendu d'une part que le préjudice résultant de la mort provienne d'une faute ou de l'inexécution d'une obligation et d'autre part que si aux termes de l'art 1165 civ. les conventions ne nuisent ni ne profitent aux tiers on ne saurait considerer comme des tiers respectivement les personnes entre lesquelles la loi positive sanctionnant la loi préexistante de nature, a établi un lien d'assistance réciproque entre le mari et la femme, les pères et mères et leurs enfants ; que dans un contrat comme le contrat de transport qui met en jeu l'existence même de la personne transportée celle-ci représente au contrat non seulement ses héritiers mais encore les personnes qui lui sont attachées par le lien naturel et légal susdit, et qui à ce titre doivent être rangées parmi ses ayants cause (art. 1122), que dès lors ces personnes peuvent se prévaloir de l'exécution de l'obligation et réclamer la réparation du préjudice que cette inexécution leur a causé... » .

• قرب حكم محكمة أمبير في ١٣/٥/١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦١ .

(٢) راجع في انتقاد فكرة الاستغلاف إسبان في سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٨١ المود الثاني الفقرة الأخيرة .

وجود التزام قانوني بالتعاضد والمساعدة بين شخصين يمنع من اعتبار أحدهما غيراً بالنسبة للعقد الذي أجراه الآخر^(١). حقاً قد يقال إن الدائن بالتفقة مثلاً لا يعتبر من الغير بمعنى أن له أن يستعمل الدعوى التعاقدية التي كانت للمتوفى بطريق الدعوى غير المباشرة ولكن من السهل أن تبين أن شروط هذه الدعوى ليست متوافرة، إذ لا يجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه إلا في حالة إهماله ومن ثم يجب أن يفترض أن الورثة — وهم خلفاء المتوفى والذين يباشرون شؤون التركة باسمه إلى أن تقضى ديونه — قد أهملوا في المطالبة بحقه. وفضلاً عن ذلك فالدائن في الدعوى غير المباشرة يستعمل حق مدينه مع أن المحاكم تعطى لقرب المتوفى الحق في دعوى مباشرة وتمنحه التعويض الكامل عما لحقه من الضرر^(٢).

وهكذا يتبين لنا أن الحجج التي استندت إليها المحاكم عاجزة عن أن تبرر إعطاء الدعوى التعاقدية لأقارب المتوفى من غير ورثته.

المفصلة الثانية: إذا طُلب من رفع الدعوى من الورثة:

الورثة خلفاء للمتوفى في جميع حقوقه ومن ثم يبدو أن دعواهم قبل الطيب تكون عقدية ما دامت تستند إلى تقصيره في تنفيذ التزام أوجبه على نفسه بالعقد الذي أجراه مع مورثهم.

(١) هنري مازوني المحلة القصيلة سنة ١٩٢٩ للرجع السابق من ٦٠٦ بند ٤٦،
رواست في دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٦. ويقول جوسران في دالوز ١٩٢٩ — ٢ —
١٦٣ عمود ٧ فقرة ٣ في اعتقاد القسرة التي استندت عليها محكمة جرينوبل ما نصه :
« Cette conception très nettement présentée par la Cour de Grenoble
moins accusée dans l'arrêt de la cour d'Angers, bouleverse le droit actuel ;
elle étend arbitrairement le cercle des ayants cause au delà des héritiers
et des créanciers ; elle confère à la convention un retentissement excessif
contraire à la tradition et aussi à la logique : on se comprend pas qu'une
personne puisse réclamer une indemnité abstraction faite de sa qualité
d'héritier du contractant et en se fondant cependant sur le contrat auquel
elle est demeurée totalement étrangère ; pour séparer sa cause de celle
de la victime pour poursuivre la réparation d'un dommage personnel il
faut de toute nécessité qu'elle se place sur le terrain délictuel ».

(٢) بران للرجع السابق بند ٣١١ من ٣٣٨ ٤٤.

ومع ذلك فإن المحاكم في أول الأمر ترددت في إعطاء الورثة الحق في هذه الدعوى إذ اعتبرت دعوى التعويض عن الأضرار التي تلحق جسم المتوفى من الدعاوى الشخصية البحتة التي لا تنتقل إلى ورثته ^(١) ولكنها لم تلبث أن عدلت عن هذا الرأي إذ أن دعوى التعويض ليس الغرض منها الاقتصار من الجاني بل تعويض الافتقار الذي لحق ذمة المتوفى ^(٢).

ولكن هل حقاً قد حصل بالوفاة افتقار في ذمة المورث ؟

قيل إن ذمة المورث تتحدد بالوفاة فالضرر الذي أصابه قد حصل في وقت كانت ذمته فيه قد تحددت ومن ثم فلا يتصور كيف يمكن للورثة أن يطالبوا بإسمه بالتعويض عن ضرر ما كان له أن يتحمل نتائجه وهو موته شخصياً ^(٣).

ولكن هذا القول مبني على فهم غير صحيح لفكرة الذمة المالية . حقاً إن الذمة تتحدد بالوفاة ولكن قبل الوفاة كانت ذمة المورث تشمل كل المزايا التي كان يجنيها من حياته وقواه العقلية والجسدية ولا شك أن هذه الثروة المادية قد زالت بوفاة ، فأحدثت نقصاً مؤكداً في ذمته ومن ثم فللورث الذي تلقى محتويات هذه الذمة أن يطالب بالتعويض عما سببته الوفاة من افتقار فيها وهو في ذلك يستعمل دعوى كانت لمورثه قبل من

(١) أميان ١٩٠١/٧/١٠ سبى ١٩٠٢ — ٨٠٢ ، إسمان في سبى ١٩٣٤ — ١ — ٨٤ عمود ٢ § ٣ ، عكة السين ١٨٧٩/١/٩ سبى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ (وقد رفضت إعطاء اللذين الحق في رفع دعوى اللطالبة بالتعويض عن حادثة أودت بحياة مدينهم) ، بلانيلو إسمان ج ٦ بند ٦٥٨ .

(٢) بران للرجع السابق ص ٣٤٦ بند ٣١٦ ، لاكوس في سبى ١٩٠٥ — ٢ — ٨٢ عمود أول .

(٣) جورسان تحت أعجب ١٣ مايو سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦١ أنظر ص ١٦٤ السود الأول ، بران للرجع السابق ص ٣٤٣ و ٣٤٤ بند ٣١٤ و ٣١٥ ، جورسان تحت ١٩٣٢/١٢/٦ و ١٩٣٣/٥/٢٤ في دالوز ١٩٣٣ — ١ — ١٣٧ (الفقرة الأخيرة من السود الأول) سين ١٨٧٩/١/٩ سبى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، تولوز ١٩٠٢/٤/١٧ سبى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ .

تعاقب معه . والقول بغير ذلك معناه الادعاء بأن من يقتل لا يتحمل أى ضرر من وفاته مادام قد فارق الحياة وفى ذلك خلط بين تحقق الضرر والاستحالة المادية فى المطالبة بالتعويض عنه ^(١) .

وإذا كان للوارث أن يستعمل الدعوى التعاقبية التى كانت لمورثه ففهم أن موضوع دعواه هو التعويض عن الضرر الذى تحمله المتوفى وبقدر نصيبه فى التركة . فللحصول على التعويض عن الضرر الذى أصابه شخصياً — مادياً كان أو أدبياً — للوارث أن يستعمل دعوى المسئولية التقصيرية ^(٢) وهو ما قرره محكمة النقض الفرنسية فى مناسبات متعددة ؛

(١) مازو المسئولية طبعة ٣ ج ١ بند ١٤٠ ، هنرى مازو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المجلد السابق بند ٤٥ ، مصطفي مرعى — المسئولية المدنية طبعة ٢ بند ٣٢٥ ، لايه فى سبى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ؟؟ حيث يقول (قرة أخيرة عمود ثالث) : «...Un délit a pour effet d'accabler la personne d'infirmités telle qu'elle est rendue incapable de tout travail de toute occupation de toute volonté. Elle a peut être de quoi vivre. Elle verra ses plaies se cicatriser, ses douleurs physiques s'éteindre. Elle est néanmoins et elle demeure lésée notamment en ce que son activité ne peut plus se développer son patrimoine ne peut plus s'accroître. Elle a droit à des dommages et intérêt... (p. 22 col. 1), non seulement à raison des souffrances physiques ou morales qu'elle endure mais encore à raison de ce que tout essor dans le champ de l'activité humaine lui est désormais impossible.

Un délit a pour effet de terminer immédiatement la vie de la victime. Le même tort est causé en ce que le développement du patrimoine est arrêté, les entreprises auxquelles la personne espérait la fortune, sont interrompues et réduites à l'avortement. Le dommage fait au patrimoine est le même».

فان : لاكوست تحت تولوز ١٧/٤/١٩٠٢ سبى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ § ١ ، إسمان فى سبى ١٩٢٤ — ١ — ١٥٣ وفى سبى ١٩٣٤ — ١ — ٨١ وهو يقرر للوارث بالدعوى التعاقبية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت شخصياً ، باريس ١٩٣٠/٢/٥ جلزيت باليه ١٩٣٠ — ١ — ٦٣٩ وهو يقر لزواج التوفاة بالدعوى التعاقبية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت شخصياً . عكس جوسران فى دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦١ خاصة فى ١٦٤ العمود الثانى .

(٢) ربيير المجلة الاتحادية سنة ١٩١٤ ص ١٩٧ ، رواست فى دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ العمود الثانى ، جوسران فى دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦٢ العمود الأول ، =

من ذلك أنها اعتبرت دعوى الأرمل تقصيرية إن هي طالبت بائع زجاجة أسيتلين بالتعويض عن انفجار سبب وفاة زوجها^(١)، وبالمثل اعتبرت دعواها تقصيرية إذا طالبت بائع سيارة بالتعويض عن حادثة ناشئة عن عيب في آلها^(٢).

وهنا تعرض مسألة دقيقة وهي : هل للوارث أن يجمع بين الدعوى التقصيرية والتعاقدية^(٣).

أجابت على ذلك المحاكم بالإيجاب مشيرة إلى أن الدعوى منفصلتين . والواقع أنه ليس في الأمر جمع حقيق إذ أن موضوع الدعوىين مختلف^(٤)

== دمج الالتزامات ج ٥ بند ١٢٤٧ ، ديوران اهتاقات الاعفاء من المسؤولية بند ٥٦ ص ١٥٧ ، مازو ج ١ طبة ٣ بند ١٤١ عرائض ١٩٢٥/٧/٢٧ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٥ ، سافيتيه المسؤولية ج ٢ بند ٧٧٦ ، تولوز ١٩٠٢/٤/١٧ سيري ١٩٠٥ - ٢ - ٨١ ، وتعليق لأكوست ن° ٢ ص ٨٢ عمود ٣٣٤ . فارن لالو المسؤولية طبة ٢ بند ٦٥٠ .

ولما كانت هذه الدعوى مستقلة عن العقد التي أجراه المتوفى فإنه لا يمتنع على الوارث بما تضمنه العقد من شروط للاعفاء من المسؤولية (قض ١٩٢٤/٧/٢٧ سيري ١٩٢٥ - ١ - ٢٤٩ ، مازو المسؤولية ج ١ بند ١٤١ ، ليون كان في سيري ١٩١٤ - ١ - ٥ عمود أول وس ٧ عمود ٢) وإذا كان الأمر كذلك فلا غرو أن رأينا ريبير (في دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٥ تطبيقاً على عرائض ١٩٢٥/٧/٢٧ ، راجع ص ٦ عمود ٢) يمتنع على إعطاء الوارث هذه الدعوى مقررأ أنه من البت القول بأن دعوى الوارث مستقلة عن العقد الذي أجراه المتوفى إذ أن ذلك يفترض حتماً أن يحصل إثبات الخطأ بغير إشارة إلى الالتزامات التي أنشأها العقد . وكيف يكون ذلك وخطأ السؤل يفترض حتماً تهميماً من جانبه في تنفيذ عقده . ولكن هذا الاعتراض غير حاسم فلئن كانت الدعويان مؤسسين على واقعة واحدة فإن موضوعها مختلف ، وكل غامس برابطة قائمة بذاتها ولئن اتحدتا في المصدر .

(١) قض ١٩٣١/٧/٢٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٥٠٦ .

(٢) قض ١٩٣٧/٣/٨ سيري ١٩٣٧ - ١ - ٢٤١ وراجع في تطبيق غس للبدا قض ١٩٢٤/٧/٢٧ سيري ١٩٢٥ - ١ - ٢٤٩ وتعليق إسمان .

(٣) يران الراجع السابق ص ٣٥١ بند ٣٢١ .

(٤) محكمة ميوم ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت باليه ١٩٢٧ - ٢ - ٣٠٠ قض ١٩٣٧/٣/٨ ، سيري ١٩٣٧ - ١ - ٢٤٩ .

خالفنا من الدعوى التعاقدية هي التعويض عن الضرر الذي أصاب نفس المتوفى أما الدعوى التقصيرية فتعويض عن الضرر الذي أصاب رافعها شخصياً ومن ثم فكل من الدعويين خاص بعلاقة قائمة بذاتها (١).

ثانياً — إذا كان الذي عقد العقد غير المريض ولا يمثله لا قانوناً ولا اتفاقاً : كمقد يجره قريب للمريض أو زوج لزوج أو رب عمل لعماله . وهنا يجب أن نفرق بين ثلاثة فروع :

فإذا كان من تعاقد مع الطبيب قد تعاقد باسمه مشروطاً للمريض حقاً مباشراً من العقد طبقت أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .

وإذا كان قد تعاقد باسم المريض ولمصلحته طبقت أحكام الفضالة . وسبق أن بينا أنه في كلا الفرضين تكون العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية .

ويبقى إذن الفرض الأخير وهو حالة ما إذا كان من تعاقد مع الطبيب قد تعاقد باسمه ولتحقيق مصلحته الشخصية دون أن يقصد إعطاء المريض حقاً مباشراً من العقد (٢) .

وظاهر أنه في هذه الحالة لا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض كما أنه لا يمكن اعتبار من تعاقد مع الطبيب نائباً عنه بوصف كونه عضولاً لأنه لم يقصد من العقد تحقيق منفعة له . ومن ثم يجب أن نرجع الأمر إلى القواعد العامة ، فيكون لمن تعاقد مع الطبيب الحق في استعمال الدعوى التعاقدية . ولكن المريض لا يكون من حقه الاستناد إلا إلى المادة

(١) مازو المجلة القصلية ١٩٢٩ الرجع السابق بند ٤٦ ، بلانول إسمان ج ٦ بند ٦٥٨ ، دواست دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ المود الثاني ، فارن جوسران في دالوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٦٣ المود الأول ، وليون كان في سيري ١٩١٤ — ١ — ٧ عمود ثاني وثالث .

(٢) قرب بو ١٩٠٠/٥/١ سيري ١٩٠٠ — ٢ — ٣٠١ .

١٥١/١٦٣/١٣٨٢ و ١٣٨٣ م لأنه يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذي حصل^(١).

ودون أن نقف طويلاً نشير هنا إلى أن حكم ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ قد أدخل التعقيد على موضوع كانت ميزته البساطة والوحدة في الأحكام الواجبة التطبيق.

وأول مشكلة أثارها هذا الحكم هي تكيف عقد العلاج وهي مشكلة لها أهميتها لأن القواعد التي تحكم العقود المختلفة قد تكون جد متباينة.

وقبل أن نتعرض للآراء المختلفة في تكيف عقد العلاج^(٢) نلاحظ ابتداءً أنه يمتاز بتحويل كل من المريض والطبيب الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة. فكما يقول بيلون^(٣) لا يمكن التسليم بسلب المريض حقه في أن يقطع علاقته بالطبيب فجأة بإرادته وحده دون أن يتعرض للحكم عليه بالتعويض — حتى لو كان طبيبه المعتاد — إذا اعتقد أنه يسلك في علاجه سيلاً خاطئاً وأن طبيباً آخر قد يحسن علاجه.

ومن جهة أخرى إذا كان الطبيب ملزماً بالآلاج المريض الذي يتعهد بعلاجه فإن من حقه أن يتحلل من هذا الالتزام بإرادته المنفردة إذا وجد نفسه أمام مريض ملحق في طلباته أو مأخوذ بهواه. وهذه المسكنة المتبادلة في فسخ العقد ليست كما يبدو محلاً للجدل. فالعقد الطبي يمرض المريض لأخطار من حقه وحده أن يقدرها ومن جهة الطبيب، هو يفرض عليه

(١) ومع ذلك راجع ما سبق أن قلناه بشأن حقه في استئصال الدعوى التقاعدية بطريق غير مباشر.

(٢) ديفلو المرجع السابق ص ٣٨ و ٣٩، فالسيني في دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ تحت فقس ٣ مارس سنة ١٩٢١.

(٣) E. P. في دالوز ١٩٣٦ — ١ — ١٨ § ٨٨.

وراجع أيضاً: Ferrand Ferrés — Du fondement et du caractère de la responsabilité des médecins, Thèse, Strasbourg, 1934, p. 203.

نشاطاً وتقانياً له صبغة شخصية ، بحيث لا يمكن أن يفرض عليه مباشرته رغم إرادته ، إذ هو يفترض حرية كاملة .

ولكن قد يمكن التساؤل فيما إذا كانت هذه المسكنة في الفسخ ليس من شأنها أن تعرض من يستعملها للحكم عليه بالتعويض .

يبدو لنا أنه يجب أن نفرق بين المريض والطبيب . ففيما يتعلق بالطبيب ، حقه في الفسخ مقيد بعدم هجر المريض في وقت غير لائق أثناء العلاج . وهذا الالتزام الذي تفرضه الواجبات المهنية يمنع الطبيب كما يظهر من أن يهجر المريض كلما كان هناك سبب — كعدم وجود طبيب آخر أو خطر وقف العلاج أو اعتقاد المريض أن الطبيب سوف يستمر في العناية به — بحمل في هجر المريض خطراً حقيقياً يهدد المريض بالضرر ، ومن ثم نرى أن حق الطبيب مقيد إلى حد ما ^(١) .

والآن بعد إبراز هذه الصفة نقول إن الآراء تشعبت في وصف عقد العلاج فذهبت في ذلك أربعة مذاهب ^(٢) :

أولاً — عقد وكالة :

ليس اعتبار العقد بين المريض والطبيب صورة من عقد الوكالة إلا صدى لأفكار اجتماعية بالية . فلقد بنى أنصار هذه النظرية فكريتهم على اعتبار تاريخي . إذ كان القانون الروماني يفرق بين المهن الحرة والحرف اليدوية التي كان يزاولها الأرقاء عادة . وكان يعتبر العقد في الحالة الأولى من

(١) برجون في سبى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ ؟؟ .

(٢) مورو للمثولة الطبية ص ١٦ بند ١١ .

راجع أيضاً قضاء محكمة الاتحاد السويسري فبعد أن كانت تعتبر عقد العلاج عقد عمل أصبحت تميل إلى اعتباره عقد وكالة (اميل تيلو في التعليق على القضاء السويسري — المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص ١١٧٥) وانظر ليون ١٩٠٩/١٢/٧ دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٧٣ ، وجنيت ١٩٣٦/٥/٢٦ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ، في تعليقات اميل تيلو على القضاء السويسري ص ٩٠٤ .

خبيل الوكالة وفي الحالة الثانية من قبيل الإيجار^(١). ذلك أن أهل الطبقات العليا لا يصح أن يؤجروا خدماتهم. وكانت النتيجة الطبيعية لذلك أن حرم الطبيب والحماي من حق مطالبة حريته. بأتماب لأن الوكالة كانت عقد تبرع وجوباً.

ولقد تأثر فقهاء القانون الفرنسى القديم بالرأى السائد في عهد الرومان فاعتبر بوتيه^(٢) العقد بين الطبيب والمريض عقد وكالة. ولكنه لجأ إلى حيلة لتبرير حق الطبيب في المطالبة بالأجر على عمله فقال إن المريض يجب عليه أن يقدم هبة لطيبه ليخفف عن عاتقه واجب الوفاء والعرفان بالجميل الذى يشغل كاهله.

على أن القانون إذ نص في المادة ٥١٣/٧٠٤/١٩٨٦ م على أن الوكالة قد تكون بأجر وفر على أنصار هذا الرأى مؤونة الالتجاء إلى الحيلة لتبرير حق الطبيب في أتمابه.

ويقف ترولونج^(٣) طويلاً لتبرير المركز الخاص الذى يجب أن تشغله بعض المهن الحرة فيقول: «عند ما يذل لنا هؤلاء الرجال عناية فإننا ندين لهم بما وراء المادة ولا نبرأ قبلهم بما ندفعه لهم... وإنهم لا يؤسرونا بفهمهم يقدر ما يؤسرونا بلطفهم وبذل ذاتهم... وإذ لا نكار للجميل أن أظن أن هؤلاء الذين يكرسون جهودهم للحفاظ على حياتنا ونهضة أسباب الراحة لنا يكفهم مكافأة على عملهم أن أدفع لهم الأجر الذى وعدتهم به. فإذا أبرأت نفسى من أجر عملهم فإنى أظل دائماً مدينأ بإخلاصهم وبذل ذاتهم». خالنفرد تسكنى من يعمل بيده ولكنها لا تكافئه الأطباء على فضلهم. ويتبى ترولونج إلى أن عقد الطبيب لا يمكن وصفه إلا بأنه وكالة حتى

(١) سامو المرجع السابق ص ٤٤، قرب يرى ميلدى القانون الرومانى ج ٢ ص ١٨٩.

(٢) بوتيه شرح الوكالة — الفصل الأول القسم الثانى ص ٩٦.

(٣) ترولونج فى الوكالة ج ٦ بند ١٩٠ ص ٢٠٧ ٤٤.

لا يشبه البناء الذى يؤجر نفسه مياومة . فالإيجار خاص بالحرف الآلية ولا يمكن تشبيه الطبيب بالعامل ومن ثم لا يمكن وصف عقد العلاج إلا بأنه وكالة ^(١) .

وهذه النظرية محل للانتقاد ^(٢) من وجهين :

فن حيث الواقع — هى مبنية على تفاوت فى المهن ليس له ما يبرره الآن . لاشك أن الطبيب يسعى إلى علاج المريض والتخفيف من آلامه ولكننا لا نستطيع أن نفكر أنه يسعى لكسب عيشه . فضلا عن ذلك فالقانون لا يقر بوجود تفاوت بين العقود ولا محل لاعتبار الوكالة أرفع من أى عقد آخر كالإيجار مثلا .

ومن حيث القانون — معروف أن الوكالة قائمة على فكرة النيابة فكيف يمكن أن يتصور أن الطبيب ينوب عن المريض فى العلاج . إن الطبيب يزاول مهنته باسمه ^(٣) وهو يتمتع فى ذلك بكامل الحرية ولا رقيب عليه إلا ضميره وقواعد المهنة التى يزاولها . وزيادة على ذلك فالوكالة قائمة على فكرة النيابة فى التصرفات القانونية فأى تصرف قانونى يقوم به الطبيب فى وصف العلاج ^(٤) .

(١) يزانسون ١٩٠٣/٤/٨ مذكور فى مائش المرجع السابق ص ٨٧ .

(٢) نيجر المرجع السابق ص ٤٠ ، مائش المرجع السابق ص ٨٦ و ٨٧ ، ساهو المرجع السابق ص ٤٦ .

(٣) ملزان المرجع السابق ص ٣٥ ، دالوز تحت حكم ليون ١٩٠٩/١٢/٧ فى دالوز ١٩١٣ — ٢ — ٧٣ ، بودرى ووحل فى الوكالة طبعة ٣ بند ٣٧٨ ، لاييه فى سبرى ١٨٩٣ — ١ — ٤٩٧ : خاصة السمود الثانى ص ٤٩٧ ، كازابلانكا ١٩٢٨/١٣/٢ فى النشرة الطبية العصرية سنة ١٩٣١ ص ٤١٣ .

(٤) لاكلس — المرجع السابق بند ١٤٢ ، يرو المرجع السابق ص ٥٠ ، بلانيول ريبير رواست وسافاتييه ج ١١ العقود للندية بند ٧٧٦ و ٩٠٩ و ١٤٣٠ والمراجع المشار اليها فيها ، فالسيني فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ السمود الأول ، بريتون فى سبرى ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ ، هونديو دى فاير فى النشرة الطبية العصرية ١٩٣١ ص ٤١٣ . ٤٩٤ .

ثانياً — نظرية عقد إيجار الأشخاص :

وصفت بعض المحاكم المقد التي بأنه عقد إجارة أشخاص^(١) فالطبيب يعد بمخدمة في مقابل أجر معين^(٢) وليس هناك محل للفرقة بين الأعمال المادية والأعمال العقلية^(٣).

وهذه النظرية غير مقبولة^(٤) لأن عقد إيجار الأشخاص يفترض وجود رابطة تبعية وخضوع بين المؤجر والأجير^(٥) وهو ما لا يمكن توفره في الصلاقة بين الطبيب والمريض . فالطبيب يجب أن يتمتع بحرية

(١) اكس في ١٦/٧/١٩٣١ حالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ سبى ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ عمارة سنة ١٢ رقم ٥٣٠ س ١٠٤٩ ، دويه الاستثاف ٢٦/٣/١٩٣٤ المجلة الفصلية ١٩٣٤ س ٦٠٩ بند ١٤ ، عمكة الاتحاد السبى ١٠/٦/١٩٩٢ سبى ١٨٩٢ — ٤ — ٣٨ ، موقليه ٢/٦/١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣ — ١ — ٧٤٠ حالوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٢٧٥ ، كازابلانكا في ١٣/٢/١٩٢٨ في النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ س ٤١٣ .

(٢) بلانس روديه المرجع السابق ص ١٩٥ ، برو للرجع السابق ص ٥١ و ٥٢ ، لوران ج ٢٧ طبة ٤ بند ٣٣٣ خاصة ص ٣٧٥ ، بودرى ووحل في الوكالة طبة ٣ بند ٣٧٨ و ٣٧٩ ص ١٨٧ ؟؟ (ولاحظ أنها صفا عقد الملاج بأنه عقد إيجار أشخاص ولكنهما أخذنا هذا التصير بملوله العام ولم بينا ما اذا كان المقصود به عقد العمل أو عقد الاستصناع) ، مانس للمرجع السابق ص ٨٧ و ٨٨ ، جرافن المرجع السابق ص ٨٦ ؟؟ .

(٣) بيروفي سبى ١٩٢٤ — ٢ — ٥٧ في المود الثاني تحت سين ٢٤/٥/١٩٢١ ، لوران ج ٢٧ طبة ٤ بند ٣٣٣ . وراجع القانون المدنى الألماني م ٦١١ وقانون الالتزامات السبى م ٣٦١ .

(٤) قض ٢١ أغسطس ١٨٣٩ سبى ١٨٣٩ — ١ — ٦٦٣ ، جويارد Oonillard في الإيجار ج ٢ طبة ٣ بند ٦٩٦ خاصة ص ٢٦٢ ، ساهو المرجع السابق ص ٤٨ ، برتون غي سبى ١٨٣٩ — ١ — ٢١٦ ، بلانيول روبر رواست ج ١١ بند ٧٧٦ .

(٥) Paul Cuche — La définition du salaire et le critérium de dépense économique, chronique, D. H. 1932 p. 101 et s. بند ٧٧٢ ، قض ٢٤/٤/١٩٢٥ سبى ١٩٢٨ — ١ — ٦٥ وتطبيق كوست ٢٤/١١/١٩٢٧ سبى ١٩٢٧ — ١ — ٢٤ وتطبيق إسمان م ٩٣٣ من مشروع تقبج القانون المدنى وللمذكرة الايضاحية ج ٣ و ٥٠٢ و ٥٠٣ وأحكام القضاء الهول الى تشير اليها .

كاملة في تطبيق أصول فنه وذلك شرط أساسى لنجاحه في مزاوله مهنته باعتبار العقد الطبى عقد لإيجار أشخاص فيه قيد شديد على حريته ^(١) . ولا يخفى أن الطبيب إذا كان مقيد الحرية في اختيار العلاج فمن حقه أن يلجأ بنصيب من المسئولة على من كان صاحب الحق في إصدار الأمر إليه ^(٢) .

على أن هذا القول يجب ألا يؤخذ على إطلاقه ذلك أن المهنة الطبية أخذت مع تطور الحياة المصرية تظهر في صور جديدة وأوضاع بعيدة عن أن تكون فردية فأصبحنا نرى أصحاب المصانع يتفقون مع بعض الأطباء لعلاج من يصاب من عمالهم وشركات التأمين تتفق مع بعض الأطباء للكشف عن حالة من يرغبون في التأمين على حياتهم . . . فلا غرو إن تأثر تسكين العقد الطبى بهذه الحقائق الجديدة . وعلى ذلك إذا كانت نظرية إجارة الأشخاص غير مقبولة بوجه عام فهي لا شك تطبق في حالة خاصة ولكنها أصبحت كثيرة الوقوع عملاً وهي حالة تقديم الطبيب خدماته لمرضى مستشفى أو مشروع خاص ^(٣) ؛ حقاً إن الطبيب هنا كما هي الحال دائماً لا يخضع في كيفية أدائه لمهنته من الناحية الفنية لأية رقابة ولكن هناك نوعاً من التبعية النفسية تنحصر في أن الطبيب يلتزم قبل الشركة أو المستشفى

(١) فالسينى في فالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ ، قرب بلانيول إسمان ج ٦ بند ٦٤٨ .

(٢) ساهو للرجع السابق ص ٥٠ .

(٣) سافاتييه في للشولية بند ٣٠٠ ، فيك Fick طبعة ١٩١٥ في التطبيق على المادة ٣١٩ من قانون الالتزامات الويسرى ص ٥٣١ ، برينتون في سيري ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ خاصة المود الثاني ص ٢١٨ . قرب بيرو في سيري ١٩٢٤ — ٢ — ٥٧ خاصة المود الثالث . وفارن تفض ٣ مارس ١٩٢٦ سيري ١٩٢٦ — ١ — ١١٦ والتطبيق . عكس فالسينى في فالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ المود الثاني الفقرة الأخيرة وما بعدها ص ٩٤ . وتشير المادة ٩٣٥ من مشروع تنقيح القانون المدني الى مثل هذه الحالة بقولها « يجوز للأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة أن يؤجروا خدماتهم حتى لو كان القيام بهذه الخدمات يقتضى الحصول على شهادات علمية » وتبين للذكرة الاضاحية ج ٣ ص ٥٠٦ أن هذا النص ما هو الا صورة لما وصل اليه القضاء القولى في الوقت الحاضر فركز أصحاب للهن الحرية يختلف عن غيرهم ولا تطبق قواعد عقد العمل عليهم الا مع شيء من اللزوة حتى تنسجم مع ظروفهم الخاصة .

بأن يكرس جانباً من وقته ليقدم خدماته على وجه معين وفي أوقات خاصة^(١).

وقد أقرت عدة أحكام من القضاء وجهة النظر هذه^(٢) فقررت محكمة استئناف ديجون^(٣) أن المستشفى قد يكون مسئولاً عن نشاط الطبيب الذي يعمل على رأسه . والحكم مبني على المادة ١٣٨٤م إذ وصفت العلاقات بين المستشفى والطبيب بأنها علاقة متبوع بتابع الأمر الذي يمكن أن نفترض معه أن المحكمة أقرت بوجود عقد عمل بينهما .

وفي حكم لمحكمة برو في ٣٠ يونيو سنة ١٩١٣^(٤) جاء ما يأتي : « حيث إن أرمل ... تأخذ على الدكتور ... أنه لم يعالج زوجها وأنه من ثم قصر في القيام بأحد واجبات مهنته وبالتزام من الالتزامات التي يوجبها عقد العمل الذي يربطه بشركة ميدى التي كان من حقها أن تأمره بعلاج المرضى من عمالها وأنه من المؤكد أنه في هذه الحدود الضيقة يصبح الطبيب تابعا للشركة

(١) راجع موقلييه في ١٩٣٣/٢/٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ — ٢٧٥ جازيت باليه ١٩٣٣ — ١ — ٧٤٠ ، وقد قرر للبأ الآن : « Constitue un contrat de travail la convention aux termes de laquelle un médecin est chargé par le directeur d'un sanatorium de visiter les malades à des heures régulières, et moyennant le payement d'une salaire mensuel fixe, la subordination qui constitue la caractéristique du contrat de travail peut n'être que relative et elle n'existe pas moins quand le directeur n'a pas à s'immiscer dans le traitement que le médecin impose aux malades du sanatorium » . وراجع حيثات الحكم فإن فيها بيانا للأسباب التي حثت بالمحكمة الى إقرار هذا البأ .

(٢) سين ١٩٢١/٥/٢٤ سيري ١٩٢٤ — ٢ — ٥٧ وتعليق بيرو ، بوييه ١٩٣٠/٢/٢٧ سيري ١٩٠٦ — ٢ — ١٤٧ في الماش ، اثن ١٩٣٠/٧/١٦ جازيت باليه ١٩٣٠ — ٢ — ٦٨٥ ، نفس ١٩٣٨/٧/٢٦ سيري ١٩٣٨ — ١ — ٢٩٢ ، قرب نفس ١٩٣٧/٣/١٧ سيري ١٩٣٧ — ١ — ١٨٨ .

(٣) ديجون ١٩٠٣/٣/١٨ سيري ١٩٠٦ — ٢ — ١٧ دالوز ١٩٠٤ — ٢ — ١٣٤ و ١٣٥ والواقع أنه ما دامت المحكمة قد أقرت بوجود علاقة تبية تكن لقيام مسئولية المستشفى عن فعل الطبيب فإن هذه العلاقة ذاتها تخلق لقيام عقد العمل بينهما .

(٤) دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ سيري ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ .

وأنه من المؤكد أيضاً أن الطبيب متى حضر للمريض فإنه يسترد كامل حريته كطبيب في اختيار العلاج الذي يراه مناسباً دون أن يكون من حق الشركة أن ترجعه في هذه الناحية

ثالثاً - نظرية عقد الاستصناع أو عقد المقاولة :

إذا لم يكن العقد الطبي من قبيل الوكالة ولا إجارة الأشخاص فالأمر لا يخرج عن أحد فرضين :

إما أن يكون عقد استصناع أو مقالة وإما أن يكون عقداً غير مسمى على أن اعتباره عقداً غير مسمى هو إنشاء لعقد جديد ومن ثم يجب ألا يلجأ إلى هذا التكيف إلا كحل أخير . وإذن فلنبحث فيما إذا كان من الممكن تكيف العقد الطبي على أنه مقالة أو عقد استصناع .

تعرف المادة ٦٤٦ من القانون المدني الجديد عقد المقاولة بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . ويقول بلانيول إن الفرد إذ يعقد عقد الاستصناع فإنه يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة آخر مقابل أجر يحتسب بحسب أهمية العمل^(١) .

ويرى كثير من الشراح ومعهم بعض الأحكام^(٢) أن هذا التعريف

(١) بلانيول المختصر ج ٢ بند ١٨٩٧ طبعة ١١ فقد الاستصناع يمتاز إذن بعدم وجود رابطة تبعية كما هي الحال في عقد العمل (راجع أوبري ورو طبعة ٥ ج ٥ § ٣٧٤ ص ٦٥٤ هامش ٣/١ ، بودوي لاكتيفري ووحل في الإيجار طبعة ٣ ج ٢ بند ٣٨٦٥ ، كولان وكايتان القانون المدني طبعة ٨ ج ٢ بند ٧٠٢ ، جوسران القانون المدني طبعة ٣ ج ٢ بند ١٢٨٧ ، بلانيول روست ج ١١ بند ٩٠٧ ، قض ١٩٢٦/١١/٢٣ سبتمبر ١٩٢٧ - ١ - ٢٤ وتطبيق إسحاق ، برتون في سبتمبر ١٩٣٩ - ١ - ٢١٦) .

(٢) راجع حكم مصر الجزئية المخططة ١٩٣٧/٥/٥ الذي أشار إلى أن تعهد الطبيب قبل المريض هو من قبيل عقد الاستصناع ومن ثم هو يخول المريض حق الفسخ الإفرادي مع حفظ حق الطبيب في التعويض لا عما فاته من ربح بل عما تكلفه في العمل الذي أوقف (جازيت المحاكم المخططة سنة ٢٩ ص ٣٤٦ رقم ٤٢٨) .

ينطبق تماماً على العقد الطبي حيث يلتزم الطبيب بعلاج المريض مقابل أجر معين محتفظاً بكامل حريته في تحديد العلاج ودون أن توجد رابطة تبعية بينه وبين المريض .

على أن أنصار هذا الرأي فاتهم أن الطبيب يلتزم بوسيلة ^(١) وهو ما يبعده عن كونه ملزماً بمقتضى عقد مقابلة ذلك أنه في عقد إيجار الأشخاص ، السيد إذ يأخذ على عاتقه مسؤولية النتيجة هو يفرض على العامل الطريقة التي يلتزمها للوصول إلى هذه النتيجة . فالعامل لا يتحمل إلا بالالتزام بوسيلة ولكن الأوضاع تتغير في عقد الاستئجار أو المقابلة ، فرب العمل يطلب عملاً يتحتم إنجازها والمستصنع يحتفظ بحريته في اختيار الوسائل التي توصله إلى النتيجة التي تعهد بها فهو يلزم إذن بنتيجته ^(٢) .

حتماً إن القانون أعنى المفاوض أو المستصنع من المسؤولية إذا لم يصل بالالتزام إلى النتيجة المنشودة متى كانت هناك قوة قاهرة أو حادث لجأى ولكن طبيعة العقد الطبي وما يشوب وسائله من نقص أمام أجسام تتفاوت قوة مقاومتها وأمراض تختلط أعراضها وتباين تطوراتها ، طبيعة العقد تأبى اعتبار الطبيب مسئولاً عن أية نتيجة .

== شالون سبر ساوون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٣٦ جازيت بإليه ١٩٣٦ — ٢ — ٨٥٥ ،
سماهو للرجع السابق ص ٥٤ و ٥٥ ، مازان للرجع السابق ص ٣٦ ، كولان وكايتان
الرجع السابق طبعة ج ٨ ص ٢ بند ٩٢٨ و ٧٠٣ ، جوسران شرح القانون المدني ج ٢ طبعة
٣ بند ١٢٨٧ ، بيرتون في سيري ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ ، بلانيول رواست ج ١١
بند ٩٠٩ و ٩١٤ ، بلانيول المختصر ج ٢ طبعة ١١ بند ١٨٤١ هامش ١ ، آبل للرجع
السابق ص ٥٥ ، فلان يلون في دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٨٨ § ١٥ بتوقيع E. P. وهو
لا يغتار بين عقد الاستئجار والعقد غير المسمى .

(١) ديجوج ج ٥ بند ١٢٣٧ ص ٥٤٤ ج ٦ بند ١٨٠ .

(٢) راجع في التمييز بين عقد العمل وعقد المقابلة المذكورة الايضاحية لمفروع تنقيح
القانون المدني ج ٣ ص ٤٣٤ و ٤٣٥ و ٥٠٢ و ٥٠٣ .

رابعاً — عقد غير مسمى :

وإذا استبعدنا هذا التكييف لم يبق أماناً إلا اعتبار عقد العلاج عقداً غير مسمى ^(١). ولقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأي في حكمها الصادر في ١٣ يولييه سنة ١٩٣٧ ^(٢) إذ قررت أن الاتفاق الحاصل بين المريض والطبيب الذي يقدم له مساعدته وجهوده هو عقد من نوع خاص لا يمكن أن يوصف بأنه عقد استصناع .

والواقع أن هذا الرأي أحوط ففضلاً عما بينا من أن العقد الطبي لا يجمع العناصر المكونة لأي من العقود التي نص عليها القانون فإن له ميزاته الخاصة التي تأتي إخضاعه لنظام لم يوضع له ^(٣) .

وإذا كنا قد أسنا إلى الآن مدى الصعوبة في تكييف العقد الطبي فلم تكن هذه هي المشكلة الوحيدة التي أثارها حكم النقض الفرنسي في ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ بل هناك مشكلة أخرى لا تقل عنها أهمية وهي معرفة ما إذا

(١) وهو الرأي الذي أخذ به ماتر في مرافسته أمام محكمة النقض في قضية ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٤ العمود الأول راجع أيضاً لأكاس المرجع السابق بند ١٤٩ ، وفردان مسئولية الأطباء عن فعل مساعدتهم النشرة الطبية الفرعية ١٩٣٤ ص ٩٥ ، دنيس تيريز للمرجع السابق ص ٧٨ ٤٤ ، پول بونت شرح العقود الصغيرة (تنمة ماركاديه ج ٨) بند ٨٢٥ ص ٤١٥ . في غس اللقى نفس ١٩٢٦/٣/٣ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ ، فالسيبي في دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ ، بلقور في ديسمبر سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٥ — ١ — ٩١٩ في هامش (ب) .

(٢) سيري ١٩٣٩ — ١ — ٢١٧ جازيت باليه ١٩٣٧ — ٢ — ٣٨٤ .

(٣) أشير في هذا على وجه الخصوص إلى حق الفسخ للأفرادى التي يميز به العقد الطبي .
حقاً أن المادة ١٧٩٤/٤-٧ م أعطت السيد الحق في الفسخ بإرادته وحدها حتى لو كان العمل قد بدى في تنفيذه ولكن لا شك أن الفسخ في العقد الطبي يختلف عن ذلك للصوص عليه في المادة ٤-٧ وأوسع منه مدى . فظاهر أن العقد الطبي قد بني على ثقة كاملة من جهة المريض وحرية تامة من جهة الطبيب ولا يمكن أن يضمن حسن تنفيذه إلا إذا كان هذا التنفيذ اختيارياً من الجانبين ومن ثم يجب الاعتراف بحق الفسخ للأفرادى لكل منهما (راجع E. P. في دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨) .

كانت المسؤولية العقدية للطبيب مستقلة عن المسؤولية التقصيرية وتوجب استبعادها وبمباراة أخرى هل يجوز للمريض أن يختار بين أحكام المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ليطبق النظام الأنسب لمصاحته . وهكذا نرى أنفسنا مضطرين إلى الفصل في نظرية الخيرة ^(١) .

ويستند أنصار هذه النظرية ^(٢) إلى أحكام المادة ١٥١/١٦٣/١٣٨٢ م وما بعدها يجب أن تكون ذات تطبيق عام بحيث تشمل التعويض عن كل ضرر سواء أكان هناك عقد أم لا .

فالمسؤولية التقصيرية قائمة قبل حصول التعاقد فإذا ما تم العقد أضيفت التزامات جديدة تحكمها قواعد المسؤولية التعاقدية ^(٣) .

(١) يلاحظ أن البحث في نظرية الخيرة لا يبي القائلين بوحدة المسؤولية إذ الخيرة تفترض لزماً قيلم نظامين يكون للدائن أن يختار بينها (جوسران في دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ محمود ٢) .

(٢) بارتان في أوربي ورو شرح القانون المدني القرنى طبعة ٥ ج ٦ ص ٣٧١ في ٤٤٦ هامش ٧ (عكس أوربي ورو قسمها في الصلب) ، سافاتييه المسؤولية بند ٤٨ ٤٤ خاصة ص ١٥٢ ، تالير نصرة القانون التجارى ٨٦ — ١٨٨٧ ص ١٨٨ و ٢٢٥ ، ريبير القانون البحرى طبعة ٢ ج ٢ بند ١٧٧٢ ص ٦٣٧ — ٦٣٨ وفي دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٥ أنظر ص ٦ (وهو غير نظرية الجمع بين الفيدود) ، بونكاك ملحق لشرح القانون المدني لبودرى ج ٢ بند ٤٥٢ ٤٤ خاصة بند ٥٠٦ ، قفس ١٥ مارس سنة ١٨٧٦ سبى ١٨٧٦ — ١ — ٣٣٧ وتطبيق لايه ، وقفس ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ سبى ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ وتطبيق اسمان ، وقفس ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ — ٢١١ ، وقفس ٥ يونيه سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ١٨١ ، و ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ — ١ — ٢ جازيت باليه ١٩٣٠ — ٢ — ٨٩٣ ، ديمون ١٩٠٣/٣/١٨ سبى ١٩٠٦ — ٢ — ١٧ ، الاستئناف المختلطة ١٩٢٠/٥/١٥ بمجموعة التفرع والقضاء ٣٢ ص ٣٢٠ . سم ١٩٢٤/١/١٠ ، بمجموعة التفرع والقضاء ٣٦ ص ١٤٠ ، مصطفى بك سرهبي في للمسؤولية المدنية طبعة ٢ بند ٢٧ ص ١٧ ٤٤ ويند ٢٨ ، سنهورى للموجز في الالتزامات بند ٣٠١ ، محكمة برديو في ١٩٠٩/٧/٨ سبى ١٩١١ — ٢ — ٢٣٣ (وينتقد فيرون هذا الحكم ص ٢٣٣ ٤٤ خاصة السود الثانى من ص ٢٣٤ الفقرة الثالثة) ، برو للمسؤولية المدنية للأطباء — رسالة تولوز ١٩١١ ص ٧٦ ٤٤ .

(٣) بلانيل في دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٩٧ السود الثانى الفقرة الأولى .

وهذه المسؤولية الأخيرة لا يترتب عليها أى أثر إلا إذا أدخل المدين بالتزامه التعاقدى بحيث ينشأ عن هذا الإخلال ضرر بالدائن . ولما كانت القاعدة العامة فى المسؤولية التقصيرية أن كل خطأ نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر فإن المدين الذى يخجل بالتزامه التعاقدى يسأل عن هذا الإخلال طبقاً للقاعدة العامة فى المسؤولية المبنية على المادة ١٥١/١٦٣/١٣٨٢ م كما يسأل طبقاً لشروط العقد ^(١) ويدعمون حجته بأن قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يمكن بالعقد استبعادها ^(٢) فضلاً عن أنه ليس ثمة ما يبرر وضع المتعاقد الذى يخجل بالتزامه فى مركز أفضل من مركز من لم يكن مرتبطاً بشئ معين ^(٣) .

ولكن هذه النظرية مبنية على التوسع فى محتويات العقد استناداً إلى المادة ١٥١/١٦٣/١٣٨٢ م رغم إرادة المدين ، وفى ذلك إنكار صريح لمبدأ سلطان الإرادة فى أخص دائرة لتطبيقه ، وهى دائرة العقد ^(٤) . وإنه لمن التحكم الذى تأباه العدالة أن نخضع المتعاقد لنظام أشد من ذلك الذى تعاقد

(١) يقول بارتان فى أوبرى ورو (طبعة ٥ ج ٦ ص ٣٧١ هاش ٧) إنه إذا كان الفعل ينطوى على الإخلال بتنفيذ عقد وعلى جرعة أو شبه جرعة مدنية كانت للمدين دعويان دعوى قصيرية ودعوى تعاقدية . ولكن أليس فى هذا القول مصادرة على المطلوب بل حل السؤال بالسؤال ؟

(٢) نالر لقعة القانون التجارى ٨٦ — ١٨٨٧ ص ٢٢٥ وفى دحض هذه الحجة دكتور ودع فرج فى محاضراته غير المطبوعة التى ألفها باسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ فى المسؤولية المبنية ولقد استظهر ما فى قول أنصار نظرية الجمع من تناقض إذ يحررون أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز بالعقد استبعادها أو اللباس بها ثم يوسعون من دائرتها بمبطلها شاملة للالتزامات التعاقدية وانظر أيضاً جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٦ الفقرة الأخيرة .

(٣) أوبرى ورو طبعة ٥ ج ٦ ص ٣٧٢ .

(٤) جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ راجع الفقرة الأخيرة ص ١٠٦ من المود الثانى لى نهايتها فى ص ١٠٧ ، لايه فى سبرى ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ انظر ص ٢٦ ، ديموج ج ٥ بند ١٢٤٤ ص ٥٥٤ شيرونى فى الخطأ للاتفاقي ج ١ بند ١٧ ذكره ديموج فى سبرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٥ عمود ٣ .

على أساسه لنحرمه بذلك من ميزات النظام التعاقدى المبني على الرحمة بالمدين (١) .

والقانون عاجل في مواضع مختلفة أحكام المسؤولين التعاقدية والتقصيرية وجعل لكل منهما دائرة مستقلة عن الأخرى (٢) ولكل منهما قواعد خاصة به فنظرية الخبرة تجعل التنظيم الثاني السئولية عديم الجدوى بل وتعدم قيمة النصوص التي أقامت هذه التفرقة (٣) .

ثم إن السئولية التعاقدية وضعت لتنظيم علاقة من تربطهم ببعض الرابطة العقدية، بينما السئولية التقصيرية وضعت لتنظيم علاقات بعض من يعتبرون غيراً بالنسبة للبعض الآخر (٤) .

ويقول جوسران (٥) إن من الخطأ أن نرى في كل مدين بعقد غيراً فضلاً عن كونه متعاقداً فهذا يوازى القول بأن كل فرنسى هو أجنبى فضلاً عن كونه فرنسياً . ففي الواقع إن صفتى الغير والمتعاقد متافترتان فيما يتعلق بنفس الالتزام فالواحدة منهما تبعد الأخرى إذ أن نفس المركز القانونى

(١) مثلاً عقد الوديعة المودع لديه لا يأل إلا عن الخطأ مقدراً بمقياس شخصى بينما يصبح مسئولاً عن الخطأ مقدراً بمقياس مجرد إن نحن طبقنا بالنسبة له أحكام السئولية التقصيرية .
راجع بران المرجع السابق ص ١٢٣ بند ١٠٣ .

(٢) فيرون فى سبرى ١٩١١ — ٢ — ٢٣٣ راجع ص ٢٣٤ ، جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ راجع ص ١٠٧ المود الأول الفقرة ٣ مراضة مائر فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٣ ٤٤ ، لايه فى سبرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ عمود ٢ ، دوجو الهجة الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥٢ .

(٣) بونيه المرجع السابق فى الهجة الانضادية ١٩١٢ ص ٤٣١ ، فيرون سبرى ١٩١١ — ٢ — ٢٣٤ عمود أول والفقرة الأولى والثانية من المود الثانى .

(٤) جوسران النقل طبعة ٢ بند ٦٢٨ ، بيرو فى سبرى ١٩١١ — ١٠ — ١٠٥ عمود ٣ فقرة ٢ .

(٥) جوسران النقل طبعة ٢ بند ٦٢٨ ص ٧١٠ وفى شرح القانون للدنى طبعة ٣ ج ٢ بند ٤٨٦ وفى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٧ المود الأول الفقرة الأخيرة .

كما قال فيرون ^(١) قد يدخل في أى من الدائرتين ولكن لا يمكن أن يدخل
فهما في نفس الوقت . ففي الدائرة المقدية كما يقول بيكيه ^(٢) ليست هناك
ممثلتان بل مسئولية واحدة هي التي تنشأ عن الإخلال بالمقد . وهذا
الإخلال لا يمكن أن يتعدى الفعل الموعود به والالتزامات التي حصل
الإخلال بها .

والخلاصة أن نظرية علم الجمع هي بمثابة سلاح مشروع ضد طغيان
القانون . فالمادة ١٦٣/١٥١ م وما بعدها وضعت نظاماً احتياطياً لا مجال
لتطبيقه إذا وجدت قواعد أخرى واجبة التطبيق ^(٣) وإرادة الطرفين يجب
أن تسود في الدائرة المقدية حيث نيتهم ظاهرة في أن يستبدلوا بالنظام
العادي الذي وضعته المادة ١٦٣/١٥١ م وما بعدها النظام التعاقدى الذي
نصت عليه المادة ١٤٥/١١٩ م وما بعدها ^(٤) .

(١) فيرون في سيري ١٩١١ — ٢ — ٢٣٤ المود الثانى الفقرة الثانية .

(٢) بيكيه المجلة الفصلية سنة ١٩١٤ ص ٣١٨ .

(٣) شأنها في ذلك كما يقول ملازو شأن دعوى الإثراء ملازو ج ١ بند ٢/١٥ خاصة
ص ٢٨ طبعة ٣ وفي دالوز الأسبوعي ١٩٣٥ ص ٤٤٥ بعنوان : « L'absorption des »
« règles juridiques par le principe de responsabilité civile » ، وفي
نفس المني جوسران ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ راجع ص ١٠٧ المود الأول الفقرة الثانية .

(٤) يرى ملازو (ج ١ طبعة ٣ بند ١٩٢) أن المرجع في عدم جواز الجمع للمني
المشركة للطرفين (في نفس المني هنرى ملازو المجلة الفصلية ١٩٢٩ ص ٦٥٥) بند ٩٧
خاصة ص ٦٥٧ ، وساهو المرجع السابق ص ٢٩ ، وجوسران في دالوز ١٩٢٧ — ١ —
١٠٥) وعلى ذلك فالدائن في القيد أن يحتج بأحكام المسؤولية التضامنية إذا اتفق على عكس
ذلك صراحة فالأفراد يتقدمون بزيادة من الالتزامات الواقعة على ما فهم ومن ثم من احتمال
وقوعهم في المسؤولية وهم أحرار كقاعدة عامة في تحديد مدى مسؤوليتهم ولهم أن يتفقوا على
إدماج القواعد التضامنية ضمن المقدد زيادة في الضمان للدائن ولهم بالعكس أن يستبعدوا تطبيق
هذه القواعد (ومن هذا الرأي الدكتور ودع فرج في المسؤولية المهنية — محاضراته غير المطبوعة
لنفس الدكتوراه سنة ١٩٤٣) (ويسلم فان رين (للرجع السابق بند ٢٢٦ قرب سافاتييه المجلة
الاتحادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٠٩) ، القواعد العامة في المسؤولية المدنية بند ٩ ص ٤١٩
خاصة الفقرة الأخيرة ص ٤٢٠) مع ملازو بأن منطوق المسألة هو في الرجوع للمني المشتركة =

ولا سمعنا وقد اتينا إلى رفض نظرية الجمع^(١) بوجه عام إلا أن
نشير إلى رأى قال به بران^(٢) إذ قرر أن المحاكم وإن رفضت في الأصل

== ولكنه يقرر أن الأصل هو تطبيق القواعد التفسيرية ومن ثم فهي تطبق ما لم يقصد
المعاقدان استبعادها .

تارن : فوازنيه المرجع السابق ص ٢٣٨ ٤٤ فهو يصل عن طريق الرجوع إلى النية
المشتركة للمتاعدين إلى الأخذ بنظرية الجمع في حالة الفسخ لحسب .

(١) وأغلب الفقهاء من هذا الرأى راجع : ديولوب المرجع السابق ج ١ بند ٥٩٨
و ج ٨ بند ٤٧٢ ٤٤ خاصة بند ٤٧٧ ، لايه في سيري ١٨٧٦ - ١ - ٣٣٧ سيري
١٨٨٥ - ٤ - ٢٥ راجع ص ٢٦ ، سالى الالتزامات بند ٣٣٢ طبعة ٣ ، ٤٤ على امام
المرجع السابق بند ١٣٨ ص ٣٣٦ ، بونيه المهلة الانتقادية سنة ١٩١٢ المرجع السابق
ص ٤١٨ ٤٤ ، فيرون في سيري ١٩١١ - ٢ - ٢٣٣ خاصة ص ٢٣٤ ، مازو المهلة
القصلية سنة ١٩٢٩ ص ٦٦٢ بند ١٠٥ ، مازو السئولية ج ١ بند ١٩٢ ٤٤ ، لالو طبعة
ثانية في السئولية بند ٦٢٧ ، جوسران طبعة ٣ شرح القانون المدني ج ٢ بند ٤٨٦ ٤٤ ،
جوسران في دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٠٥ ، برتون في سيري ١٩٣٧ - ١ - ٣٢١ ،
لوران طبعة ٤ ج ١٦ بند ٢٣٠ و ج ٢٠ بند ٤٦٣ و ٥٠٧ ، جوسران النقل بند ٦٢٨
طبعة ٢ ، ديموج الالتزامات ج ٥ بند ١٢٤٤ ، وفي المهلة القصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٥١ ٤٤ ،
بلاينول ريبير اسمان ج ٦ بند ٤٩٣ ، اسمان المهلة القصلية ١٩٣٤ ص ٣١٧ ٤٤ بند ١٧ ،
ديوران المرجع السابق بند ١٤٩ ٤٤ خاصة ١٥٣ ، ودع فرج في محاضراته غير المطبوعة
لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ في السئولية المهنية ، بران المرجع السابق بند ٣٥٠ ، خيال
محاضراته غير المطبوعة في الالتزامات ، هض عرائش ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٨٥ سيري ١٨٨٦
- ١ - ٥ وتعليق لايه ، هض ٢١ نوفمبر سنة ١٩١١ سيري ١٩١٢ - ١ - ٧٣
وتعليق ليون كان ، هض ١٤ يناير سنة ١٩١٨ سيري ١٩٢٠ - ١ - ٧٥ ، هض
١٩٢٢/١/١١ سيري ١٩١٤ - ١ - ١٠٥ وتعليق ديموج ، هض ٦ أبريل سنة
١٩٢٧ سيري ١٩٢٧ - ١ - ٢٠١ وتعليق مازو ، هض ٢٢ يولي سنة ١٩٣١ دالوز
أبوسوي ١٩٣١ - ٥٠٦ ، هض ٢٢ مايو سنة ١٩٣٣ سيري ١٩٣٣ - ١ -
٢٦٣ ، هض ٢٧ مارس ١٩٣٥ سيري ١٩٣٥ - ١ - ٢١٥ ، هض ٩ نوفمبر ١٩٣٦
دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٥٨٥ ، حكمة لوكمبرج العليا ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٨٤ سيري
١٨٨٥ - ٤ - ٢٥ ، بروكل المدينة ١٨٨٥/٤/٢٥ و بروكل التجارية في ٢٨/٤/
١٨٨٥ سيري ١٨٨٥ - ٤ - ٢٥ ٤٤ .

(٢) بران المرجع السابق ص ٢٥٥ و ٢٦٦ ٤٤ خاصة ص ٢٦٩ ، قرب دندوي دى فاير
في الفصرة الطلية الصرعية ١٩٣١ ص ٤١٤ و ٤١٥ ، حكمة الاتحاد السويسري ١٠/١ =

نظرية الجمع إلا أنها أقرتها حالة وجود خطأ قى من المسؤول ، وهو يفسر قضاء المحاكم التي كانت تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية على الأطباء بأنه قضاء أخذ بنظرية الحثيرة . وإلا فكيف يقال غير ذلك ووجود عقد بين الطبيب والمريض أمر لم يتطرق إليه الشك ^(١) .

ويبرر بران ما يزعم أنه استثناء من نظرية عدم الجمع بأن الخطأ المبنى مستقل عن العقد الذى أجراه رجل الفن إذ الواجب الذى حصل الإخلال به ليس مصدره العقد وحده وإنما هو موجود دونه ^(٢) ولو صح هذا التدليل لوجب استبعاد المسؤولية العقدية أصلاً إذ لا مجال لتطبيقها إلا إذا حصل الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد .

ويضيف إلى ذلك أن الخطأ المبنى يجب أن يشبه بالخطأ الجسيم ومن ثم فهو يوجب المسؤولية التقصيرية ، فهو خطأ ، إن ارتكبه رجل عادى ، ما كان ليعتبر جسيماً ولكنه يصبح كذلك لأن من ارتكبه كان ملزماً

— ١٨٩٢/٦ سبى ١٨٩٢ — ٤ — ٣٨ — وفى ١٨٩٢/١٢/٩ سبى ١٨٩٣ — ٤ —
١٦ فإنها مع اعتبارها مسؤولية الطبيب عقدية أقرت بمجواز تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية عليه استناداً إلى أن الطبيب الذى تسبب بإماله فى إحداث ضرر للمريض يخل ليس فقط بالتزاماته العقدية بل أيضاً بالواجب القانونى العام الذى يضمن للأفراد سلامة أبدانهم ، مارتان الخطأ القفى المرجع السابق ص ١٦٥ ، ٤٤ ، عكس لاكاس المرجع السابق بند ٤٥ .

(١) وأخذ يولون (فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٩ بتوقيع E. P.) برأى مغاير فهو مع تسليمه بوجود عقد بين الطبيب والمريض يقول إن هذا العقد لا يمكن أن يستغرق جميع الأخطاء المنسوبة للطبيب فهناك محل لازدواج للمسئولية . فيقتضى العقد على الطبيب أن يبذل جهوداً صادقة مغطاة مضفة مع الأصول الطبية الثابتة . فإذا خرج الطبيب عن الدائرة العقدية ليطبق علاجاً أو ليجرى عملية مخاطرها وتتبعها الاحتمالية تبررها . حالة ميثوس منها أو كان هناك خطأ فى التشخيص أو فى العلاج ولكنه حصل فى الدائرة التى لم يستغر فيها بعد العلم الطبي فلا يمكن تأسيس دعوى المسؤولية على غير المادتين ٨٢ — ١٣٨٣ .

فان ساهو المرجع السابق ص ٢١ و ٢٢ وفى هزر أن ليس هناك فى الواقع جمع بين المسئولين بل حالة توجد فيها كل من المسئولين إلى جانب الأخرى .

(٢) بران المرجع السابق ص ٢٧١ . وراجع مع ذلك ما قاله جوسران فى تقريره المقدم فى قضية التفضى ١٩٣٦/٥/٢٠ المشار إليه آنفاً .

بوصفه رجلاً فنياً بعناية أشد . وسبق لنا أن فندنا هذه الحجة فلا داعي لإعادة الكرة عليها .

وأخيراً يستند بران إلى ما قاله لإهرنج من اعتبار المهنة وظيفة اجتماعية تفرض واجبات خاصة على صاحبها ليقرر بأن الإخلال بها يوجب جزاء أشد من مجرد الضمان ولكن لا يعطى سبباً لذلك بل يكفى بأن يقررها كتحقيقة مسلم بها .

والخلاصة أننا نرى أن قضاء المحاكم التي كانت تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية على الأطباء كان بعيداً عن أن يأخذ بنظرية الخيرة لأن تطبيق هذه النظرية يفترض بداهة وجود طريقين يكون هناك مجال للخيرة بينهما وهو ما لا يبدو أن المحاكم كانت تقره إذ المفهوم أنها كانت تعتبر المقعد الطبي يحجز فقط للطبيب استعماله وفنه على نحو خاص فإذا هو أساء هذا الاستعمال كان خطأه تقصيرياً^(١) .

(١) دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ وتعليق جوسران جازيت باليه ١٩٢٧ — ١ — ٣١٢ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ وتعليق اسمان . وظروف الدعوى أن مريضة وضعت في مؤسسة محبة فشكت من الحرب منها وبعد مدة وجدت هاتمة في الطريق وقد تجمدت قدمها الأمر الذي استلزم إثر أحديها .

راجع في الأخذ بنظرية الجمع : استئناف نيم ١٩٣٤ / ٦ / ٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ — ٥٤٧ ، باريس ١٩٣٢ / ٢ / ٥ جازيت باليه ١٩٣٢ — ١ — ٦٣١ ، ديجون ١٨ / ٣ / ١٩٠٣ سيرى ١٩٠٦ — ٢ — ١٣ ، وتعليق بران في رسالته السابق الإشارة إليها ص ٢٨٦ . وجميع الأحكام التي جعلت أثر شرط الإعفاء من المسؤولية قاصراً على قل عبه الإثبات (راجع في ذلك جوسران دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٦ الصود الأول فقرة أخيرة) .

وراجع في رفض نظرية الجمع : نفس ١٩٢٢ / ١ / ١١ سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٥ ، وتعليق ديموج ١٩٢٧ / ٤ / ٦ سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٠١ وتعليق لازو ، نفس ٢٢ مايو سنة ١٩٣٣ سيرى ١٩٣٣ — ١ — ٢٦٣ ، ونفس ٦ ديسمبر ١٩٣٧ جازيت باليه ١٩٣٨ — ١ — ٢٣٢ ، نفس ٢١ نوفمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩ وتعليق Sarrut ، نفس ٢٣ نوفمبر ١٨٨٥ سيرى ١٨٨٦ — ١ — ٥ وهذا الحكم هام من حيث إنه رفض الجمع حتى لو كان هناك غش في عدم تنفيذ الدين لالتزامه . ملير ١٥ مارس ١٩٣٢ سيرى ١٩٣٢ — ٢ — ١١٧ ، سين ١٩٣٣ / ٧ / ١١ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٢ =

ولمّا ثار البحث في نظرية الخيرة على وضعها الصحيح أمام محكمة النقض الفرنسية بخصوص مسئولية الأطباء فأقرت بحكمها الصادر في ١٤/١٢/١٩٢٦ الأخذ بالنظرية مؤيدة بذلك حكم باريس في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ومقررة أن مبدأ أن المدين لا يلزم بالتعويض إلا عن الأضرار التي كان من الحكمة توقعها وقت العقد لا يطبق إذا كان قد نسب إليه إلى جانب الخطأ التعاقدى خطأ تقصيري وكان عدم تنفيذ العقد هو السبب المباشر في الضرر وبنوع خاص الطبيب المدير لمؤسسة صحية الذي يمكن مريضة عهد بها إلى عنايته من الحرب مسئول عن البتر الذي حصل نتيجة لهرها .

وهذا الحكم أخذ بالقاعدة التعاقدية من حيث تقدير الخطأ والقاعدة التقصيرية من حيث مدى التعويض ^(١) ذلك أن الخطأ المنسوب للطبيب كان بطبيعته خطأ تعاقدياً ولولا العقد لما أمكن نسبة الخطأ إليه ومع إقرار المحكمة بذلك أخذت بالقاعدة التقصيرية في مدى التعويض عن الضرر غير المتوقع . ويلاحظ أن الحكم وإن حدث إلى إصداره رغبة مشروعة في ضمان إيصال التعويض الكامل إلى المجنى عليها ^(٢) إلا أنه يفتقر إلى المبادئ القانونية السليمة إذ لا شك أن الجمع بهذه الطريقة منتقد بل هو كما يقول

== ٥٢٥ ، أورليان ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٤ - ١ - ٨٣٥ ،
مرسيليا ١٥/٧/١٩٣٧ جازيت باليه ١٩٣٧ - ٢ - ٦٣٦ .

(١) راجع في الجمع بنفس هذه الطريقة حكم محكمة السين في ١٢/١١/١٩٣٦ فلا عن لاكس المرجع السابق بند ٤٧ هامش ٧٢ وتلخص ظروف هذه القضية في أن فتاة أصيبت بحالة جنون فوضت في إحدى المؤسسات الصحية وحصل أثناء إقامتها في تلك المؤسسة أن سملت من مجهول فقررت المحكمة أن هذه الحالة تدل على تصور في مراقبة الفتاة الأمر الذي يوجب المسئولية التقديرية والتقصيرية للطبيب المدير للمؤسسة وبذلك استطاعت المحكمة أن تعلق للمجنى عليها تعويضاً كاملاً دون بحث في الضرر المتوقع وغير المتوقع .

(٢) وهو الاتجاه الذي تبنه نعوه المسئولية راجع سافاتييه في دالوز ١٩٣٧ - ١ - ٥
عمود ٢ ، سافاتييه في دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣١ ص ٩ ؟؟ تحت عنوان : « Vers la
socialisation de la responsabilité et des risques individuels » .

بران^(١) بحق عامل من عوامل الفوضى في القانون لأنه يخلط بين نظامى المسؤولية فقد اعتبر الجنى عليها متعاقدة وغير متعاقدة في نفس الوقت كما أنه أساء إلى مركز المدعى عليه إذ حال بينه وبين التمسك بأوجه الدفاع الجائزة في أحد النظامين^(٢).

ولقد قال جوسران^(٣) تعليقاً على هذا الحكم إنه إذا كان من شأنه أن يضع حداً لاضطراب القضاء فإنه يكون خطيراً جداً إذ هو يسجل انتكاس المسؤولية العقدية لتتطوى تحت لواء المسؤولية التقصيرية.

ولكن لم يحصل ما خشى منه جوسران فسرعان ما سجلت محكمة النقض بتأثير جوسران نفسه الانتصار للمسؤولية العقدية. ففي ١٩٣٧/٤/٦^(٤) قررت أن المادة ١٣٨٢ لا تنطبق عند الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد فهناك تنافر بين دائرة المسؤولية العقدية ودائرة المسؤولية التقصيرية وهو اتجاه تأيد من محكمة النقض بحكمها الشهير في ١٩٣٦/٥/٢٠^(٥).

أما وقد بينا الأساس الذى تبنى عليه دعوى المسؤولية الطبية وحددنا طبيعتها فقد بقى أن نعرف أركان تلك المسؤولية والشروط اللازمة لقيامها.

أركان المسؤولية الطبية :

ثلاثة هى أركان المسؤولية عموماً تقصيرية كانت أم تعاقدية ، الخطأ^(٦)

(١) بران المرجع السابق بند ٣٥١ ، هنرى ملزو المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ المرجع السابق بند ٩٧ ص ٦٥٦ .

(٢) جوسران فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ الصود الأول .

(٣) دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١١١ .

(٤) ولقد أيد مآثر فى دفاعه نظرية عدم الجمع إذ قال إنه متى سلنا بوجود عقد بين الطبيب والمرضى فإن القواعد القدية تكون هى الواجبة التطبيق مع استبعاد القواعد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية لما بينهما من تنافر (دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٣) .

(٥) لقد قيل إن الخطأ ليس ركناً فى للمسؤولية التعاقدية ويستند أنصار هذا الرأى بوجه عام (مارتون — المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٤٩٩ بند ١٥ و ٢٠ ، جوسران ج ٢ النقل =

والضرر وعلاقة السببية . فهل هذه الأركان جميعاً متطلبية لقيام المسؤولية الطبية ؟

== بند ٥٦٤ ، يكيه المحلة الفصلية ١٩١٤ من ٢٨٥) إلى أن المادة ١١٣٧ م ف تكلمت عن حالة خاصة هي حالة المحافظة على الشيء الذى يجب رده . فالقاعدة التى وضعتها هذه المادة من حيث استلزام الخطأ لقيام المسؤولية تطبق فى تلك الحالة وحدها وفى جميع الالتزامات الأخرى تطبق المادة ١١٤٧ . وهى تخص بمسئولية المدين عن عدم التنفيذ حتى لو لم يكن هناك خطأ ما لم تثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى . ومن ذلك يتضح أن المادة ١١٤٧ تحوى قاعدة عامة هي عدم استلزام الخطأ لقيام المسؤولية وما للمادة ١١٣٧ إلا استثناء منها .

ونحن لا نعارض فى أن المادة ١١٤٧ هى التى وضعت القاعدة العامة فى المسؤولية بل إننا نذهب إلى أن المادة ١١٣٧ ليست خاصة بالمسئولية إطلاقاً بل هى خاصة بتحديد الالتزامات التى ينشأها العقد ، ذلك أنه يجب التفرقة بين محتويات العقد والمسئولية العقدية . فالمدى لا يكون مسئولاً إلا إذا لم ينفذ التزاماته . فقبل الكلام عن المسؤولية يجب الفصل فى مدى هذه الالتزامات .

ولسكن المادة ١١٣٧ اكتفت بقاعدة مفسرة لتحديد محتويات العقد ومدى التزامات المدين بالمحافظة على شيء معين . فهذا للمدين ملزم بأن يبذل فى المحافظة على الشيء عناية رب الأسرة المعنى بأمور نفسه . وهذا بغير شك هو المقصود من النص ولأنه لفرب أن لم يكن قد فهم بهذه الطريقة (بلانيول ريبير طبعة ١٢ ج ٢ بند ٨٨٤ هامش ١ ، مازو فى شرح المسئولية المدنية التفسيرية والعقدية بند ٦٦١ طبعة ٣ ، بلانيول إسمان ج ٧ بند ٨٣٣ وجوسران ج ٢ بند ٢٩٨ فى الآخر . وفارن ديموج ج ٦ بند ١٥٣ و ٦٠٠ و ٦٠٨) .

فإذا كانت الفقرة الأولى تترك مجالاً للشك فإن الفقرة الثانية جاءت لتوضح المعنى الحقيقي للنص إذ قررت أن هذا الالتزام يختلف مداه بحسب نوع العقود .

ومضى اتضح أن المادة ١١٣٧ خاصة بتحديد محتويات العقد فإنه لا يجوز الرجوع إليها فى تعريف أركان المسئولية (مازو ج ١ بند ٦٦١ المرجع السابق ، بران المرجع السابق ص ٣٠) . ولا يبقى أمامنا إلا المادة ١١٤٧ فهل هى تستبعد الخطأ باعتباره ركناً فى المسئولية .

لأول وهلة يبدو أن المادة استبعدت ركن الخطأ ، إذ نصت على أن المدين يبقى مسئولاً فى حالة عدم التنفيذ إلى أن يثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو يحصى آخر أن المدين لا يبرأ من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أى لا يكفيه أن يثبت أن فعله غير متعلق على أى خطأ (مارتون الالتزامات بنتيجة والالتزامات بواسطة المحلة الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٤٩٩ بند ١٥ و ٢٠) وأنصار نظرية الخطأ يردون على ذلك بأن الخطأ فى المسئولية العقدية مفروض بناء على قرينة قانونية لا يجوز إسلطها إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي (هوك ج ٧ ص ٢٠١ بند ١٤٣ ، جبار المحلة الانتقادية ١٨٨٨ ص ٤٢٦ . انظر ص ٤٢٧) . ==

== ولكن منطلقهم ينطوي في نظرنا على شيء من التناقض ، لأن القرينة إن كانت بسيطة قبل كل دليل عكسي وإن كانت خاطئة فهي لا توجد إلا بنس ، فكيف يمكن إذن القول بوجود قرينة خاطئة في غير الأحوال المبينة في القانون وكيف يمكن تبليغ أن هذه القرينة — رغم اعتبارها خاطئة — فإنها تبطل دليلاً عكسياً هو إثبات السبب الأجنبي الذي لا دخل فيه للمدين .

ولنا وإن كنا ننكر وجود فرائض على الخطأ في موضوعنا هذا لا نذهب إلى حد إنكار ركن الخطأ في المسؤولية التقديرية . فاللادة ١١٤٧ تنص بأن المدين يسأل حتماً متى لم ينفذ التزامه بشرط أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى فعله . ويجب بداهة أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام لا يعتبر في ذاته من قبيل الخطأ حتى يمكن القول مع أنصار نظرية تحمل التبعة أن المدين يسأل ولو لم يرتكب خطأ وهو ما فات من ينكرون اشتراط الخطأ لقيام المسؤولية التقديرية . فالمسؤولية إذن حرجها إلى معرفة ما إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه التقاضي يعتبر في ذاته فعلاً خاطئاً . لا شك أنه إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى القوة القاهرة أو فعل الغير فإن المدين لا يسأل لالعدم الخطأ بل لأن عدم التنفيذ ليس ناتجاً عن فعله فرابطة السببية منضمة (مازو المرجع السابق بند ٤٩٣ و ٦٦٩ و ١٥٤١ ، سليمان مرقس — نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٥٧ في الآخر و ٥٨) .

وإذن فليس ثمة إشكال في الموضوع ؟ ولكن يجب أن نفترض أن عدم التنفيذ راجع إلى فعل المدين ثم نتساءل عما إذا كان يعتبر بذلك خطأ . وللإجابة على هذا السؤال يتحتم أن نفرق بين ما إذا كان الالتزام بنتيجة أو بوسيلة .

إذا كان الالتزام بنتيجة :

كنفترض لا يحدد ما عليه في اليمين المهدد . فهل يد بهنا خطأ ؟ يبدو لنا أن هذا واضح ففي أجرى المدين عمداً وأوجب على نفسه التزاماً محدداً كان عليه عبء تنفيذه ؟ فعدم التنفيذ يكون قد ارتكب خطأ تعاقبياً موجباً لمسؤوليته . ومن الخير أن نتعاضد هنا الكلام عن قرائن على الخطأ وهو ما يترك المجال للقول بأن المدين يمكنه أن يهدم هذه الفرائض بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما . فمن فضل مع بعض الصراح القول بأن الخطأ يثبت متى تحقق عدم التنفيذ (مازو المرجع السابق بند ٢/٦٦٩ ، سالي النظرية العامة في الالتزام طبعة ٣ ص ٤٣٦ و ٤٣٧ ، سوزيه المحلة الاستاذية ١٨٨٣ ص ٦١٣ بند ٣٢ هامش ٢ وستة ١٨٨٥ ص ١٧٧ ، سليمان مرقس ص ١٠٣ من رسالته في نظرية دفع المسؤولية ، ديمانت وكوليه دي ساتيرج • بند ٦٣ ، هوك ج ٨ ص ٦٥٢ ، ديموج ج ٦ بند ٤٢٤ ، ديموج ج ٦ بند ٥٩٧ ص ٦٤٣) .

فهل الأمر كذلك في حالة الالتزام بوسيلة ؟

وهل يكون المدين خطأً إن هو لم ينفذ التزامه بالمصلحة والمخسر . لا شك في ذلك ما دمتنا قد افترضنا أنه كان مهملًا وخطأً .

أولاً - ركن الخطأ :

يقول بونكاز ، من زاول مهنة وجنى ثمارها تحمل أخطارها ^(١) . ولئن كانت هذه العبارة بظاهرها تأخذ بمبدأ الغرم بالغرم بصفة مطلقة ، فلا تفرق بين أرباب المهن من حيث تحملهم عبء المسؤولية بغض النظر عن بحث ركن الخطأ فإن من الخير أن يفرق بين بعض المهن والبعض الآخر . فإن كان رب المصنع يستفيد من نشاط العمال الذين يشتغلون في مصنعه فلا شك أن المريض هو الذى يستفيد أولاً من نشاط الطبيب وأن نظرية الخطأ باقية باعتبارها أساس المسؤولية الطبية .

وإذا كانت نظرية تحمل التبعة بدأت تطل برأسها في فرنسا إذ اعتبر الطبيب مسئولاً عن الآلات التى يستعملها ^(٢) . ففي مصر لا زال الخطأ قوام

== لعدم التنفيذ هنا كما هو في الحالة الأولى يوازى الخطأ وإنما عدم التنفيذ في حالة الالتزام بنتيجة واضح بذاته . أما هنا فيعتمد البحث في سلوك المدعى ومن ثم يظهر أن المادة ١١٤٧ إذ تكلمت على مسؤولية المدعى في حالة عدم التنفيذ قد جلت من الخطأ الركن الأول في المسؤولية (راجع في الآراء المختلفة التى قيلت في التوفيق بين المادتين ١١٣٧ و ١١٤٧ ، سنهورى نظرية القدر بند ٨٥١ ص ٩٥٥ ، بلانيول لإسمان بند ٣٧٧ ص ٥٢٢ ، ودج فرج اغاثات الإعفاء من المسؤولية محاضراته غير المطبوعة لقم الدكتوراه سنة ١٩٤١ ، كولان وكايتان ج ٢ طبعة ٧ ص ٧١ بند ٧٩ ، حشمت ابوستيت نظرية الالتزام طبعة ١٩٤٤ بند ٣٦٣ ، مازو المرجع السابق ٦٥٩ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بند ٣٩٩ ، سليمان مرقس المرجع السابق ص ٧٩ ، P. Wigny المسؤولية التعاقدية والقوة القاهرة المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٢٣ و ٥٣ .

ولا يغوتنا هنا أن نغير لى أن القانون المصرى قد أغنا عن كل هذه التناقضات الطويلة لاذ نص في المادة ١١٩ و ١٢٧ على أن التضمينات الترتبية على عدم الوفاء . بكل التصهد به أو بجزئه أو الترتبية على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه التصهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوباً لتقصير التصهد المذكور . وعلى ذلك فلا شك أن ركن الخطأ يتطلب في المسؤولية العقدية كما هي الحال تماماً في المسؤولية التقصيرية . فإرن المادة ٢١٥ من القانون المدنى الجديد .

(١) بونكاز القانون البحرى بند ٤٣٥ .

(٢) ولنا عود لناقشة هنا للوضع .

المسئولية الطيبة وعليه يتوقف وجودها . فإذا اتقن الخطأ فلا مسئولية ولا تعويض^(١) .

ولكن ما هو الخطأ وما هو المقصود به وهل يختلف في المسؤولية العقابية عنه في المسؤولية التقصيرية ؟

إن تعريف الخطأ من أدق المسائل التي تثيرها المسؤولية . فالخطأ يعبر عن فكرة وإن توحدت عناصرها فإن صورها ومظاهرها متعددة .

ويقول ليجال^(٢) إن الخطأ كلمة لا تنطوي على فكرة قانونية بل إنها مستعارة من لغة الناس فتنادى الخيال أكثر من المنطق وإن مثل هذه الاصطلاحات تولد في الذهن أفكاراً معقدة وغير ملبوسة وهي من ثم صعبة التحديد . فلا غرو أن قال ريبير^(٣) إنه لا يوجد تعريف مقبول للخطأ بل وليس في الإمكان السعي إلى مثل هذا التعريف . ولكن ثقل المجهود يجب ألا يثني عن حمله فأطراح الخطأ — بدعوى أنه لا ينطوي على فكرة قانونية — يضرب الحجب على موضوع المسؤولية بأسره ويجافي بين الناس وبين فهمه الفهم الحق .

قديمًا كانوا يحددون الخطأ بناء على فكرة خلقية مرجعها إلى الضمير الانساني فكل فرد يعرف متى يخطئ ومتى يصيب فاستعيرت هذه الفكرة الخلقية واتخذ منها أساس البعيار القانوني لتحديد الخطأ .

ولكن ما لبث الفقهاء أن استبدلوا بهذا المعيار الخلقى معياراً قانونياً

(١) تنص جنائي ٢٦/٢/١٩٣٤ ، عاكم سنة ٤٥ عدد ٢٦١١ حكم رقم ٤٩ والحكم خاص بمسألة ختان .

(٢) Légal — La négligence et l'imprudence comme source de responsabilité civile, p. 7.

(٣) ريبير القاعدة الخلقية في الالتزام طبعة ٣ بند ١١٢ ص ٢١١ والنظام الديمقراطي والفاون للمدن بند ١٦٨ ص ٣٣٠ والمجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ١٩٦ .

مجتأ في الدائرة العقدية، فعرفوا الخطأ بأنه الإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدى^(١).

ودون أن نذهب إلى حد نبذ المعيار الحلقى وطرحه جانبا فنحن لا نرى مبرراً لوضع تعريف للخطأ في كل من الدائرتين العقدية والتقصيرية بل نرى أن الخطأ في جميع الأحوال هو الإخلال بواجب سابق^(٢)، وسواء

(١) كولان وكايتان طبعة ٧ و ٨ ج ٢ بند ٧٦ و ١٩٢ ، بران المرجع السابق ص ٣٨ بند ٢٥ و ص ٢٢١ ؟؟ ، ريبير النظام الديموقراطي والقانون المدني بند ١٧٠ ص ٣٣٤ ، دى هلنس الموسوعة الأبجدية للقانون المدني المصرى ج ٤ وللشولية بند ١٠ ، سالى طبعة ٣ ص ٤٣٦ و ٤٣٧ الالتزامات ، سوزيه المجلة الانتقادية ١٨٨٣ ص ٦١٣ بند ٣٢ هامش ٢ و ١٨٨٥ ص ١٧٧ ، ديمانت وكوليه دى سانتير ج ٥ بند ٦٣ ، هوك ج ٨ ص ٦٥٢ بند ٤٢٤ ، ديموج ج ٦ ص ٦٤٣ بند ٥٩٧ و ج ٣ بند ٤/٢٤٠ ، بودوى وبارد ج ١ بند ٣٥٥ ، سليمان مرقس المرجع السابق ص ١٠٣ و ص ١٠٩ لى ص ١١٤ .

ففس التعريف في القانون الإنجليزي ، سليمان مرقس ص ١٠٤ ويصل مازو (المرجع السابق بند ٦٦٩ و ٦٧٠) لى نفس النتيجة وهى اعتبار المدين مخطئاً كلاً أخل بتنفيذ التزامه التعاقدى رغم تحكه بتصرف الخطأ بأنه القصور عن عناية الرجل الحرص وهو من أجل ذلك يقرر أن مجرد إخلال المدين بالتزامه التعاقدى هو تهمير لأنه فعل لا يصدر من الرجل الحرص الذى يفترض فيه دائماً قيامه بالتزاماته .

وليس هذا الإخلال مجرد قرينة على التهمير بل يثبتوه يثبت التهمير فلا (راجع في تحليله نفس الفكرة على الالتزامات المحددة ، المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ١ بند ٥٨ و ٦٠ ، وفارن بهجت بدوى المرجع السابق بند ٣٠٤ و اسمان في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ بند ٣ و ٤ و ٥ وسافاتييه في الشولية بند ١٠٨) .

ولقد ذهب البعض إلى أنه يشترط ليعتبر الخطأ تعاقباً فضلاً عن حصول الإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدى أن يكون المدين قد قصد أن يسلط باعتباره متعاقباً وهى النظرية التى نادى بها رامبلا وعلق عليها ديموج (ج ٥ بند ١٢٤٣ من المرجع السابق) ولكنها لم تلق قبولا لدى المحاكم لأنها تثير أبحاثاً في النيات لا داعى لإثارتها . راجع في اتحاد التصريف لى أوردناه في اللتن بلانيول ج ٢ بند ٨٨٩ هامش ١ .

(٢) راجع في التعريفات المختلفة لفظة لاكس التزامات الأطباء بند ٦٥ ص ٥٢ ، حشمت أبوسيت الالتزامات بند ٤٤٧ ومصطفى مرقى الشولية المدنية بند ٣٨ ، سليمان مرقس المرجع السابق ص ١٣ و ١٤ و اسمان المجلة الفصلية ١٩٣٣ ص ٦٢٧ بند ٢ لى ٦ و ٢٩ ، بلانيول ج ٢ بند ٨٦٣ طبعة ١٢ و المجلة الانتقادية ١٩٠٥ ص ٢٨٣ ؟؟ ، بلانيول اسمان ج ٦ بند ٥٠٠ ، سافاتييه ج ١ بند ٤ ، هالتون ج ١ ص ٢٥٩ ، دى مانت وكوليه دى سانتير ج ٥ بند =

أكان هذا الواجب مصدره العقد أم القانون فهو إما أن يكون التزاماً

== ٣٦٤ مكرر ، وديوج ج ٣ بند ٢٢٥ ، بودان العقود والالتزامات ج ٤ بند ١١٦٩ ، مازو المسئولية بند ٤٣٩ بدوى وبارد ج ٤ بند ٢٨٥٠ و٢٨٥٢ و٢٨٦٥ ، كولان وكايتان طبة ٧ بند ١٩٠ ، جاردنا وريقتى ص ٢٠ بند ٥١ و٢٩ و٣١ ص ٩ و ١٠ ، سنهورى الالتزامات بند ٣٠٨ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات بند ٣٠٤ ص ٤٣١ ، سورد طبة ٥ بند ٤١٢ و ٦٤٢ ؟؟ ، لالو طبة أول بند ١٥٧ ، دى هلتنس المرجع السابق ج ٤ المسئولية بند ١٠ ص ١١ و بند ٢٦ ص ١٧ ؟؟ . وقد عرف لوكير النائب الصام لدى محكمة النقض البلجيكية الخطأ بأنه إلحاق الأذى بشخص الغير أو بماله فكان ذلك أوسع تعريف للخطأ (مذكرته المنشورة فى البازيكريزى البلجيكية ١٩٢٩ - ١ - ٢٦١) ، هالبورى طبة ٢ ج ٢٣ ص ٥٦٨ بند ٨٢٣ ويظهر من مراجعة هذه التعاريف جيداً أن الرأى الغالب قد اتجه إلى تعريف الخطأ على أنه القصور عن عناية الرجل اليقظ . وعيب هذا التعريف أن الإنسان مع حرصه ويحفظه قد يعمد إلى التخلص من التزاماته . فالذى يميز الخطأ إذن هو حصول إخلال بواجب سابق (سافاتييه ج ١ بند ٥) .

وتعترض بعض التعاريف أن يكون المدين قادراً على تنفيذ التزامه ونحن لا نرى محلاً لهذا العرط إذ أن عدم قدرة المدين على التنفيذ إن كان معارفاً لنشوء الالتزام فهو باطل إذ لا التزام مع المسجل وإن كان طارئاً فهو من قبيل القوة القاهرة التى تقطع علاقة السببية دون أن تدل على نية ركن الخطأ فتلا إذا امتنع طبيب عن تقديم خدماته لمريض كان قد تعهد بعلاجه ثم مات المريض نتيجة لمحادثة حريق فإن الطبيب لا يكون مسئولاً لأن الوفاة حصلت نتيجة لقوة القاهرة لا يمكن نسبتها إليه وليس معنى ذلك أنه لم يرتكب خطأ ما فإنه لم يمت بالتزامه ولا شك فى قصره .

حأ أن ثبوت القوة القاهرة يعنى عادة انتهاء الخطأ وهو ما حل البص على الظن بأن دائرتها واحدة (جاردنا وريقتى ص ٢٣ بند ٦٧ ، سورد بند ٦٤٥ ، ديجوج ج ٣ بند ٢٦٢ ، مازو المرجع السابق بند ٦٦٩ ، إسحاق المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ بند ٤ فاون مع ذلك مازو بند ٦٢٤ ؟؟ خاصة بند ٦٣٠) . ولكن وقوع ذلك عادة لا يؤثر فى صياغة القاعدة فصيغة القواعد القانونية ينبغي أن يربأ بها عن التأثير بما يجرى عليه السبل إلا بقدر ما يرد اصطلاح قاعدة تقوم على أساس غالب الأحوال كما هى الحال فى الفرائس . وعلى ذلك فالتعريف الذى نطيه للخطأ يجب أن يظهر منه أن الخطأ شئ والقوة القاهرة شئ آخر إذ القول بغير ذلك ينتهى بنا حتماً إلى الخلط بين ركني الخطأ وعلاقة السببية وهو أمر غير مستساغ (بهجت بدوى بند ٣٠٦ و ٣٠٧ من المرجع السابق ، بلايول إسحاق ج ٦ بند ٥٤٠ ، مازو المرجع السابق ١٤٢٥ و ١٤٢٦ و ١٤٢٧ و ١٦٩٩ .

فاون مع ذلك بند ٦٦٩/٢ ، سنهورى نظرية العقد بند ٨٥٥ وللوجز فى الالتزامات بند ٢٨٢ ، وسافا سيليان مرقس ص ٩٨) .

بنتيجة كما هي الحال في أغلب الالتزامات التعاقدية وفي هذه الحالة يعتبر الشخص مخطئاً إذا لم يصل بالترامه إلى النتيجة المنشودة^(١). وإما أن يكون هذا الواجب مجرد التزام بوسيلة أعنى يبذل عناية معينة كما هي الحال بالنسبة للواجب القانوني العام بعدم الإضرار بالغير وفي هذه الحالة يتعين على المدين أن يبذل عناية الرجل اليقظ، فإن هو قصر عن هذه العناية فأخل بالترامه اعتبر مخطئاً وحقت عليه المسؤولية^(٢).

(١) ويلاحظ أنه لا عبرة هنا بما قاله بلانيول من أن ماهية الخطأ تنبئ في هذه الحالة بمجهولة (ج ٢ بند ٨٨٩ هامش ١ دالوز ١٨٩٦ - ٢ - ٤٥٨). فكما قال الأخوان مازو يحتمل أن الخطأ في هذه الحالة معروف وهو كون الدين لم ينف بتعهد وإن لم يكن دائماً من الممكن بيان ما نشأ عنه هذا الخطأ من عدم تبصر أو إهمال فإنه لا داعي إلى ذلك. إدام الالتزام محدداً إذ أن مجرد المخالفة كاف لتكوين الخطأ (مازو المرجع السابق بند ٦٦٩).

ويشير جوسران إلى أن ماهية الخطأ في الدائرة التعاقدية أبعد عما يظن عن الاعتبار الشخصي وأن المسؤولية الناتجة عنه تبرز فيها الصفة المادية بنوع خاص (جوسران شرح القانون المدني طعة ٣ ج ٢ بند ٦١٠).

راجع مارتون المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٤٩٩ خاصة بند ٢٢، ديموج ج ٥ فقرة ١٢٣٧، مازو المجلة الفصلية ١٩٣٦ ص ١ وما بعدها، دي باج شرح القانون المدني البلجيكي ج ٢ فقرة ٥٩٦، سليمان مرقس ص ٩٣، سالي نظرية الالتزامات طعة ٣ ص ٤٣٦ و ٤٣٧، سوزيه المجلة الانتقادية ١٨٨٣ ص ٦١٣ بند ٣٢ هامش ٢ - ١٨٨٥ ص ١٧٧، مازو شرح المسؤولية المدنية بند ٤١٦.

(٢) راجع مازو المرجع السابق بند ٤١٦ و ٤٢٧؟؟. قلنا في المتن إن الدين عليه أن يبذل عناية الرجل اليقظ وليست هذه القاعدة مطلقة في جميع الأحوال ففي بعض العقود نص المشرع على معيار للمسؤولية أشد أو أخف كما فعل في المارية (م ٦٤١/٤٦٨ م ج) وفي الودية (م ٧٢٠/٤٨٥ م ج) والحال بالمثل فيما وراء الدائرة العقدية. فالمعيار ليس واحداً باستمرار بل هو كما سبق أن قلنا يتأثر بصفة من تسبب في الضرر. فالهناكم تنقشدد مع من كان إخلاصهم لمبتهم محل شك كوكلاء الأعمال أو مع من كانت الثقة التي يضعها فيها الجمهور توجب عليهم عناية أكبر وحرصاً أشد كالوكتيين والمكس يتمتع البيض بعدم مسؤولية جزئية لأن نشاطهم يجب ألا تنهم في سبيله المراقيل كالأطباء (ريبر القاعدة الحلقية في الالتزام بند ١٢٨ ص ٢٤٩ ويران ص ٣٣).

وبين إذن أن تحديد مضمون الالتزام ولغواه تحديداً دقيقاً يحكم موضوع المسؤولية بأسره وركن التقصير فيه بوجه خاص بل إن هذا التحديد مسألة أولية يجب الانتهاء من حلها حتى يتيسر البت في مسألة التقصير^(١).

(١) وينتقد الدكتور بهجت بدوى (أصول الالتزامات بسند ٢٩٨ وما بعده) النتيجة التي وصلنا إليها بمهاجة تهم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة ذلك لأن هذا التقسيم يتوقف في رأيه على الناحية التي ينظر منها إلى الالتزام . فإذا نظرنا إليه من ناحية الدائن فكل التزام إنما هو التزام بنتيجة أما من ناحية المدين فكل التزام إنما هو التزام ببناءة وبجارية أخرى إذا نظرنا إلى الالتزام باعتباره قيمة اقتصادية يحصل عليها الدائن فالالتزام في جميع الأحوال لا يعتبر قد نفذ إلا إذا حصل الدائن على قبضته التي رى إليها عند ما أجرى العمل القانوني ومن هذه الناحية وحدها ينظر بعض الكتاب إلى الالتزام فيرى أن الالتزامات جميعاً إن هي إلا الالتزامات بنتيجة (مارتونن المجلد الفصلية ١٩٣٥ ص ٤٩٩ خاصة بند ١٠ ، إسمان المجلد الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ ٤٤ بند ٣) .

ويضيف إلى ذلك أننا لم نكن في صدد الحساب الاقتصادي للعمل القانوني بل بصدد بحث المسؤولية فإنه يجب أن ننظر إلى الالتزام من ناحية المدين وبهذه الطريقة يمكننا أن نقول إن مسؤولية المدين لا تفشل بمجرد عدم إرضاء الدائن وعدم تحقيق قبضته الصلبة الاقتصادية بل هي لا تفشل إلا إذا كان عدم تحقيق قبضته الصلبة نتيجة تقصير من المدين وقد يصح من هذه الناحية ، ناحية المسؤولية القدية ، أن يقال إن كل التزام إنما هو التزام ببناءة (راجع في عرض الفقه الألماني الذي يقول بذلك مقال مارتونن المشار إليه ص ٥٠٣ وعلى الأخص مذهب شولسمان الذي يرى أن عمل الالتزام يكون دائماً القيام بأعمال معينة ولا يمكن أن يكون محله قيام واقعة مادية أو عدم قيامها فالالتزام بتحصيل نتيجة إن هو إلا الالتزام بالقيام بالأعمال الضرورية لتحقيقها وضمان قيام الشروط الأخرى اللازمة لهذا التحقيق) بمعنى أن مجرد الإخلال بالالتزام أى مجرد عدم تفيذه وعدم تحقيق بغية الدائن لا يعتبر بذاته تقصيراً بل لا بد من أن يكون هذا الإخلال تقصيراً .

ولا يفت الدكتور بهجت بدوى عند حد الدليل المنطوق بل هو يستدل في المادة ١١٩/ ١٧٧ التي تقرر أن التضمنات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئته وعلى تأخير الوفاء لا تكون مسعفة زيادة على ما أخذه للمتعهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوباً لتقصير المتعهد المذكور . هنا النس وهو الذي يحكم المسؤولية القدية صريح في اشتراط التقصير لنشوء المسؤولية وفي أن عدم التنفيذ لا يعد في ذاته تقصيراً إذ المادة تقتطع في عدم التنفيذ أن يكون منسوباً لتقصير المدين .

وهو يخلص من كل ما تقدم (بند ٣٠٣) إلى أنه إذا لم ينفذ للمدين التزامه القدي =

== بأن لم يحقق الفرض الصل الذى يرى إليه اللذان فلا يبقى ذلك مسئوليته حتماً إذ يجب أن يتبين أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يرجع إلى عمل قصيرى من جانبه .

ونحن نرى أن الاعتقاد الذى وجهه الدكتور بهجت بدوى إلى تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والالتزامات بنائية فيه إغفال لحقيقة ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة فليس واضحاً أن كل التزام منظور من ناحية للمدين هو التزام بنائية إذ قد يكون مفهوماً من القصد أن اللذين يلتزم بضمان نتيجة معينة والفرق ظاهر بين التزام التاجر بتسليم بضاعة والتزام الطبيب بعلاج مريض وإنكار الضرر بينهما هو تناقل عن الواقع .

ولذا تبين لنا هذا فإنه يمكننا أن نقول إنه ليس فيما قرره الدكتور بهجت بدوى ما يمنع أن الإخلال بتنفيذ الالتزام لا يعتبر وحده مكوناً لركن الخطأ فإنه بعد أن سوى بين الالتزامات بواسطة والالتزامات بنتيجة وأدمج الثانية في الأولى قرر أن مجرد الإخلال بالالتزام وعدم تحقيق بنية اللذان منه لا يعتبر وحده قصيراً وبنا يكون قد فهم أن الإخلال بتنفيذ الالتزام هو عدم تحقيق بنية اللذان منه مع أن هذا القول إن صدق فيما يتعلق بالالتزامات بنتيجة فإنه لا يصدق في الالتزامات بنائية إذ في هذه الأخيرة لا يعتبر المدين مخلاً بالتزامه إلا إذا جانب الحيلة وقصر في الصيانة التي وعد بها .

ولذا كانت دعامة هذا الرأى من حيث المنطق غير قائمة فإننا نعلم بأن ظاهر نص المادتين ١٧٧/١١٩ من القانون المصرى يدعمه وزكاه فهل يجوز الوقوف عند التفسير الحرفى للمادتين والاعتقاد بأنه لا يمكن أن يثبت عدم التنفيذ قيام مسئوليته للمدين بل يجب أن يثبت أيضاً أن عدم التنفيذ راجع إلى قصيرى منه .

لا شك في عدم جواز ذلك وقد فسرت المحاكم دائماً نص المادتين ١٧٧/١١٩ بمعنى حكم المادة ١١٤٧ دون أن تحاول تبرير هذا التوسع في التفسير . ولقد أبدعها الفقه في ذلك (سليمان مرقس المرجع السابق ص ١١٢ ، حشمت أبو ستيت المرجع السابق بند ٣٦٧ ، نصى زغلول المرجع السابق ص ٢١٩ ، هالتون المرجع السابق ج ١ ص ٢٦٧ و ٢٥٩ ، سنهورى الإيجار ص ٣٨٠ . سم ١٩٢٣/١/٣٠ جازيت ١٣ — ٨٨ — ١٦٨) وهو تأييد في محله لأن هذا التفسير وإن لم تراعى فيه حرفة النص أقرب إلى نية الشارع الذى يظهر أنه لم يقصد الابتعاد عن القاعدة التي تفرزت في المادة ١١٤٧ فرنسى بل يظهر بالعكس أنه أراد أن يستبدل بعبارة المادة الفرنسية التعبير الذى استعمله الصراح الفرنسيون في تخصيصهم لتلك المادة . فقد قال هؤلاء الصراح إن المدين يلتزم بالصومض بشرط أن يكون عدم التنفيذ منسباً إليه (ديغولوب الطبعة الثانية ج ٢٤ بند ٥٤٦ و ٥١٢) ففضل الشارع للمصرى هذه العبارة على عبارة المادة الفرنسية . ولأن عبارة الإسناد والانتساب ثبت في ذهن فكرة الخطأ فقد رأى المشرع المصرى أن يكمل هذه العبارة بما جاء في نص المادتين ١٧٧/١١٩ ولكنه لم يقصد بذلك أن يجعل من قاعدة القانون الفرنسى إلى هيضها .

وطبقاً لهذا التعريف يمكننا أن نقول إن الخطأ الطبي هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته^(١). ذلك لأن كل من يباشر مهنة تستلزم دراية خاصة يعتبر ملزماً بالإحاطة بالأصول العلمية التي تمكنه من مباشرتها^(٢). بل ويصير خطأً إن هو كان عاطلاً^(٣) عنها. وإذا كان من الممكن تحديد الالتزامات الخاصة التي يجب على الطبيب بالرجوع إلى قواعد المهنة وهو ما سنعرض له تفصيلاً في القسم الثاني من الرسالة فإنه يبقى أن نعرف مدى العناية التي يجب عليه مراعاتها في القيام بهذه

(١) مازان المشولية المدنية للأطباء ص ٢١١ السطر الخامس ، لاكاس ص ٥٢ بند ٦٥ ، مارتان الخطأ المهني خاصة في الهن المرة ص ٣٥ . قرب مازو المرجع السابق ج ١ بند ٢٠٦/٢ ، فان رين المشولية التصيرية والنفوذ في القانون الوضعي ، رسالة بروكل سنة ١٩٣٣ بند ١٥٤ و ١٥٥ و ١٥٩ .

فانر دكتور وديج فرج — مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٣٩٧ . وديجلو ص ٢٦ و ٧٨ .

(٢) بلانول لاسمان ج ٦ بند ٥٢٣ . ولقد نص على ذلك القانون البولوني صراحة راجع رسالة محمد علي إمام في مشولية الصراف ص ٣٠٠ هامش ٩ . وفان رين المرجع السابق بند ١٥٤ .

(٣) مارتان المرجع السابق ص ٣٨ ٤٤ ، هاليسوري المرجع السابق ص ٢٣ بند ٨٢٩ ص ٥٧٧ و ٥٧٨ .

وراجع حكم الفريعة الإسلامية في هذا الموضوع في متن الأمير وحاشية حجازي المدوي ج ٢ ص ٤٠٦ . وقد نص على أن الطبيب يضمن إذا جهل وفي ذلك يقول رسول الله (ص) « من تعلب ولم يعرف الطب فهو ضامن » رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وانظر حاشية الرمل على شرح الروض في فروع الشافعية ج ٤ ص ١٦٦ . وقد نص في منذهب الامام أحمد على أنه لا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم حنق الصنعة ولم يحسن أيديهم فإذا لم يكونوا ذوي حنق في صناعتهم ولا لهم بصيرة ولا معرفة لا يحل لهم مباشرة القطع فإذا قطع أحدهم مع هذا كان فله عرماً فيضمن سرياً القطع ابتداء (المتن ج ٦ ص ١٢٠) وراجع في الصفات التي يجب أن تتوفر في الطبيب حتى يتاح له مزاوله الطب ما قاله العلامة محمد ابن محمد بن احمد القرشي المعروف بابن الأخوة الشافعي في كتابه معالم القرية في أحكام الحبسة في الباب ٤٥ في الحبسة على الأطباء والكهاتين والجراحين والمجبرين المذكور في مقال الشيخ عبد العزيز مصطفي الراعي عن مشولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢٠٧ .

الالتزامات^(١).

ومن البين أنه يستحيل الرجوع إلى اتخاذ بقضة الرجل الحريص معياراً فهناك احتياطات يفتقر للأفراد إغفالها فإن لم يتخذها الطبيب عد ذلك منه إهمالاً لواجباته وخطأً أكيداً موجباً لمسئوليته^(٢).

ولا غرو فطبعي أنه ينتظر من الطبيب أكثر مما ينتظر من الرجل العادي^(٣). فالمرضى الذى يلجأ إليه ، يولي ثقتهم ويركن إلى درايته ويعتمد

(١) فارد بران المرجع السابق ص ٢١٦ ؟؟ حيث يقرر أنه لا يمكن لتعدد الخطأ معرفة الالتزامات التى ينشئها القدر بل لا بد من معرفة مداها وهو بين أهمية ذلك على وجه الخصوص بالنسبة لعقد النقل .

(٢) محمد على إمام المرجع السابق ص ٢٩٨ فى عرضه لفكرة المسئولية المهنية ، بلانيول اسمان ج ٦ بند ٥٢٣ ، مارتان المرجع السابق ص ٤٠ ٤٤ .

ذلك أن الطبيب يلزم فى كل ما يتعلق بمهنته بعناية خاصة شأنه شأن سائر الرجال الفنيين . فثلا أصدرت محكمة باريس فى ١٩٣٠/٣/٢٥ جازيت بإله ١٩٣٠ — ١ — ٨٧١ حكماً جاء فى حيثياته . . . (الفقرة الأخيرة من الحكم ص ٨٧٢) :

« Un agent d'affaires ne pouvait en raison même de sa profession ignorer l'imminence de vote de la loi modificative des droits d'enregistrement et il était tenu en conséquence d'apporter une vigilance extrême à la régularisation des actes sur lesquels cette loi devait avoir une répercussion ».

فوكيل الأعمال عليه أن يضع نصب عينيه ليس فقط القوانين التى صدرت بل القوانين التى على وشك الصدور ويحتر عخطأً لأن هو بأدر بتسجيل تصرف قبل صدور قانون من شأنه إخماس رسوم التسجيل .

راجع أيضاً عرائس ١٩٣٣/٤/٤ جازيت بإله ١٩٣٣ — ٢ — ٩٢ ، مليون ٢٥/١٠ ١٩٢٧/١٠ سبرى ١٩٢٨ — ٢ — ٤٦ ، باريس ١٩٢٠/٥/١٢ دالوز ١٩٢١ — ٢ — ٣٩ .

(٣) مازان ص ٤٦ للمرجع السابق ، محمد على إمام المرجع السابق بند ١٢٢ ص ٢٩٨ و ٢٩٩ .

وبين حكم محكمة باريس (فى ١٩٢٠/٥/١٢ دالوز ١٩٢١ — ٢ — ٣٩) هذه الفكرة بخصوص وكالة استعلامات بقوله :

« Quand on s'adresse à une agence de renseignements ce n'est pas pour apprendre d'elle ce que tout le monde sait ou croit savoir mais bien pour obtenir quelque chose de plus en dehors des apparences souvent trompeuses qui déterminent parfois l'opinion publique d'une localité ».

على ضميره وخبرته فيجب أن يكون الطبيب أهلاً لهذه الثقة وعليه أن يرضى الواجبات التي تفرضها عليه مهنته والتي من أجلها وضع المريض حياته بين يديه .

وهكذا يبين أن التزامات الطبيب ليس منشؤها ذلك الواجب القانوني العام بعدم الإضرار بالغير ولا مناهضتها ما اتجهت إليه إرادة المريض وقت أن تعاقد مع الطبيب بل المرجع فيها إلى القواعد المهنية تحددها وتبين مداها . فكما يقول ديموج^(١) إنه في تنفيذ العقد يجب أن يراعى كون أحد الطرفين رب مهنة إذ عليه أن يقي الآخر من الوقوع في بعض الأخطاء ... فهنا توجد أيضاً فكرة التعاون بقصد تحقيق الغاية من العقد . فرب المهنة يعلم أن مريضه يلجأ إليه بسبب ماله من دراية خاصة يرجو الاستفادة منها ... وإذا نظرنا إلى العقد لا باعتباره خواطر متوافقة بل وسيلة ضرورية بسبب تقسيم العمل لضمان أكبر قسط من التيسير لكل فرد لترتب على ذلك أن رب المهنة ، إزاء رجل غير فني يجهل أصول المهنة التي يلزمه الاستعانة بها ، عليه إلى جانب الامتناع عن إجراء بعض العقود ذات العواقب الوخيمة للحريف أن ينبه في أثناء تنفيذ العقد لما يجب أن يعمل^(٢) .

ويقول ريبير^(٣) في المعنى ذاته إن البعض بسبب الوظائف التي يشغلونها

(١) ديموج ج ٦ بند ٢٢ والمجلة القصيلة سنة ١٩٢٣ ص ٦٤٨ .

(٢) فان رين ص ٢١١ بند ١٥٤ .

« Assumer une fonction exercer une profession, n'oblige pas seulement à en posséder les règles, le professionnel est tenu en cette qualité à d'autres devoirs encore envers les profanes c'est à dire envers le public. Il doit en principe s'abstenir de mettre en circulation des objets dangereux ou d'effectuer des travaux de nature à créer un peril pour les tiers; tout au moins il doit veiller à ce que les tiers soient avertis du danger et les mettre en mesure de se prémunir contre lui. »

(٣) ريبير طبعة ٣ النشاعة الخفيفة بند ١٢٨ ص ٢٤٩ المجلة الانتقادية ١٩٠٨

ص ١٩٨ و ١٩٩ .

والثقافة والخبرة التي اكتسبوها والثقة التي توضع فيهم يجب عليهم أكثر من غيرهم أن يسهروا على تجنب مواطن الزلل في سلوكهم وهو ما يفسر شدة القضاء في تقدير مسئولية الموثقين والسامرة وآخرين بالعكس مسئوليتهم أشد لأن نزاهتهم المهنية يتطرق إليها الشك كثيراً كوكلاء الأعمال. وآخرين في النهاية يتمتعون بشيء من عدم المسئولية لأن المفروض أنهم يعملون بوحى من ضمائرهم وأن العراقيين يجب ألا تقف حجر عثرة في سبيل ابتكاراتهم كالأطباء^(١).

وهكذا يمكن أن نقول إن القاعدة الاجتماعية تسير باطراد نحو رسوخ الفكرة المهنية فلم يعد هناك نوع واحد من المسئولية بل عدة أنواع تبيينها وتحدد مداها طبيعة المهنة التي يزاولها الشخص ومدى الالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه^(٢).

ولم يبق الكائن الاجتماعى الذى ينظم القانون أحواله ، ذلك الشخص المجرد الذى صاغه القانون المدنى فى قالب واحد أخذاً بتقاليد قانون نابوليون وتحقيقاً لمبادئ الثورة الفرنسية بل أصبح ذلك الشخص الذى يزاول مهنة أو يؤدى وظيفة فظهر فى الأفق نظام مهنى يتحدد فيه المركز القانونى للشخص بالنظر إلى الحرفة التى يباشرها^(٣) وبات من غير الملائم أن نرجع

(١) قرب مازان ص ٣١ للرجع السابق .

(٢) جوسران « بحث الخطأ الجسيم تحت اسم المهنة » فى دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٩ ص ٢٩ انظر ص ٣٩ .

(٣) ريبير النظام الديمقراطى والقانون الذى الحديث ص ٣٩٧ ؟؟ ، Ripert, une nouvelle propriété incorporelle: la Clientèle des représentants de commerce D.H. 1939, Chronique p. 1 et ٢٠٠ خاصة الفقرة الأولى ص ٣ والفقرة الأخيرة من المقالة ص ٤ .

Joss, sur la reconstitution d'un droit classe D.H. 1937, p. 1.

Joss, un ordre juridique nouveau D.H. 1937, p. 41.

Joss, D.H. 1939. La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession, p. 31.

Jean Dabin, Droit de classe et droit commun dans l'introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t. III, p. 66.

في جميع الأحوال إلى معيار الرجل اليقظ بل أصبح من المحتم أن نستبدل به معايير أخرى تكون أكثر تشبهاً والتاماً مع ما للشخص المسئول من دراية فنية وخبرة في مهنته^(١). فإذا أردنا أن نبين مدى العناية التي يجب على الطبيب أن يبذلها فعلينا أن نتلصص ما كان يفعله طبيب يقظ أحيط بنفس الحالات الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول.

ولكن هل نموذج الطبيب اليقظ الذي اتخذناه معياراً لمدى العناية التي يلزم بها الطبيب هو معيار مجرد أم معيار شخصي.

لتحديد مستوى العناية التي يجب أن يبذلها أى إنسان في القيام بالتزاماته طريقان. فإما أن نلزمه بما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر فإذا اتضح أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه وأن ضيمه يؤنبه على ما اقترف من إهمال وتفريط اعتبر خطأً وإلا فهو غير خطيء. وهذا هو التقدير الشخصي أو الواقعي وإما أن نلزمه بالمستوى الذي كان يبذله شخص مجرد يفترض فيه من اليقظة ما يقتضيه حزم التصرف وحاجات التعامل والمصالح المشتركة بين الناس وهذا هو التقدير المجرد أو المادى. ويظهر أن الفقه والقضاء حاراً بين هذين الطريقتين لدى معالجتهما للخطأ الطبي فأرى نفر من الفقهاء^(٢) ومعهم بعض الأحكام^(٣) وجوب الأخذ بالتقدير الواقعي

(١) إسمان في بلانيول، ريبيرج ٦ بند ٥١٧، مازو بند ٤٢٩ المرجع السابق، ريبير القاعدة الخلفية بند ١٣٨ ص ٢٤٩، النظام الديموقراطى والقانون المدنى بند ١٢٨ ص ٣٣٠، لاكاس بند ٧٧، بهجت بدوى بند ٣٠٤ ص ٤٣١ فى الآخر، Halaburys Laws of England op cit. V. 23, p. 579, No. 829. جوسران المرجع السابق ص ٣١ (دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٩).

(٢) جاردنا وريفتى ص ٣١٢ رقم ١٩٣، فذلك المحلة الانتخابية سنة ١٩٣٧ ص ٤٤٦٠٩ راجع ص ٦١٢، ليجال «الإهمال وعدم الاحتياط» رسالة ١٩٢٢ ص ١١٥، ديموج ٣ بند ٢٥٤ ص ٤٢٦، دونديو دى فاير ص ٧٢٠ من النشرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣١ فى المناقشة التى دارت فى المؤتمر الطبى الفرعى السادس عشر برئاسة الدكتور بول. قرب فى Rutsaert. أساس المسئولية المدنية التصديرية رسالة ١٩٣٠ ص ١٤ إلى ٢٠. =

واتباع المعيار الشخصي ذلك أنه ليكون الطبيب ملزماً بتلافى ضرره ما . يجب أن تكون له القدرة على دفعه ولا يمكن أن يلام على أمر ما كان في استطاعته أن يتوقعه فال التزام الطبيب يجب أن يتناسب إذن مع مؤهلاته الطبيعية والثقافية إذ لا يتصور أن يكون ملزماً بمجد من الكفاية أكثر من طاقته ^(١) .

وفضلاً عن أن الوصول إلى الحقيقة في حال الإنسان يقتضي مراقبته وتبين حركاته وهو ما يفوق تناول القضاء ^(٢) فإنه قد لوحظ بحق أن تطبيق هذه القاعدة في التقدير من شأنه أن يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحسبته بنفس الفعل إذا ارتكب في نفس الحالات قد يوجب مسئولية شخص دون آخر فيكافأ من اعتاد التقصير بعدم محاسبته على تقصيره ويجازى من اعتاد البتطة على أقل هفوة يهفوها ^(٣) .

== ثارن جاردنا ويرتقى من ١٤ بند ٤ وفالك المرجع السابق من ٦٢٦ ، سافتيه ج ١ بند ١٦٦ و ١٦٧ و ١٧٥ و ١٧٦ و ١٩٥ و ١٩٧ وهو يبدأ بالأخذ بمسار الرجل اليقظ ولكنه يقرر أنه يجب أن يراعى في تطبيقه التكوين الجسماني والعقل للشخص المشول .

(٣) من ذلك محكمة ليبج ١٨٩٠/٧/٣٠ سيري ١٨٩٥ - ٢ - ٣٣٧ ، بلجيكا القضائية ١٨٩١ - ٦٩٩ . وقد قررت أن الطبيب غير ملزم بأن يذل المريض من العناية إلا بقدر طاقته بالنظر إلى مؤهلاته الطبيعية والثقافية وتجاربه الشخصية ، متر ١٨٦٧/٥/٢١ دالوز ١٨٦٧ - ٣ - ١١٠ ، محكمة الاتحاد السويسري ١٨٩٢/١٢/٩ سيري ١٨٩٣ - ٢ - ١٦ دالوز ١٨٩٦ - ٢ - ٦٩ ، Le Puy ١٩١١/١٢/٩ مذكور في جاردنا ويرتقى من ٣٨٠ عدد ٢ ، حكم محكمة مصر المختلطة في ١٩١٦/١٢/٣٠ جازت سنة ٧ من ٥٧ رقم ١٦٦ وقد جاء فيه :

« Le médecin se doit tel qu'il est aux malades qui l'ont choisi d'après ses qualités réelles ou supposées » .

(١) راجع برودمان مذكور في لازو بند ٤١٦ .

(٢) مصطفي مرعي بند ٤٠ من ٣١ . قاعدة التقدير المجرد كما يقول « Fromageot » تدلل لنا من الناحية العملية صعوبات كآداء Fromageot - La faute comme source de la responsabilité, p. 39.

(٣) مازان من ٢١٥ ، لاكس بند ٧٥ من ٦١ ، دكتور وديم فرج المرجع السابق من ٣٩٨ ، لازو بند ٤١٨ و ٤٢١ .

فتلا طيب تسبب بجهله في موت أحد مرضاه ، ضميره لا يؤنبه إذ هو يعتقد في نفسه الكفاية لمباشرة المهنة وقد أجرى كل ما يمكنه لإيقاظ المريض ولكن لسوء الحظ كانت وسائله محدودة . فإن نحن حكمنا على مسئوليته بمعيار شخصي لوجب إعفاؤه من المسئولية حتى إذا ثبت أن أى طيب آخر كان في إمكانه أن ينقذ حياة المريض .

ولا شك في أن أنصار نظرية التقدير الشخصي يشعرون بأن هذه النتيجة غير مقبولة ولهذا فهم لا يجمعون عن القول بأن ضمير الطيب يؤنبه على أنه زوال مهنة هو غير أهل لها ^(١) .

ولما كان هذا القول لا يبدو أن يكون اقتراضاً لا يطابق الواقع حيث يشعر الطيب دائماً بأنه أهل لمباشرة مهنته فإن ليجال ^(٢) يقول إنه في هذه الحالة يعتبر الطيب مهملاً في تكوين هذا الاعتقاد الفاسد إذ هو لم يعبأ بسلامة المريض وهو ما كان يحتم عليه أقل بنفسه وشعوراً أدق بمحدود طاقته . وهكذا فإن ليجال ينتهى إلى نبذ البحث في حالة الضمير وتقدير سلوك الطيب بمقارنته بسلوك طيب آخر ذى ضمير حى فيرجع بذلك إلى طريقة التقدير المجرد . لذلك تفضل أغلبية الفقهاء تقدير مستوى العناية التى يجب أن يبذلها الطيب طبقاً لقاعدة التقدير المجرد ^(٣) لا على

(١) ليجال المرجع السابق ص ٧٠ .

(٢) ليجال المرجع السابق ص ٧٠ و ٧١ .

قرب ثالث المرجع السابق ص ٦٢٦ حيث يبدأ بالأخذ بالمعيار الشخصى ولكنه لا يلبث أن يضع قيدا على تطبيق هذا المعيار فيقول إنه إذا تم الطيب بسلوكه عن جهل لا يأنه طيب آخر اعتبر مع ذلك مسئولاً لأنه بجهله يمثل بالثقة للشريعة التى أولاه إياها الرضى . ثالثاً ينتظر من مدنيه حتماً أدنى مما يحد بالوفاء به والمرضى ينتظر من طبيبه حتماً أدنى من العلم لأن العهدة التى يصلها تدفعه إلى الثقة به .

(٣) ديفلو ص ٢٦ و ص ٧٨ و ٧٩ ، بلانيل اسمان بند ٥٢٣ و ٥١٧ ، مازان ص ٢١٥ ، لاكس بند ٧٤ ؟؟ خاصة بند ٧٨ و ٧٩ ص ٦٤ ، بلانتي روديه ص ٢١٦ ، بهيت بدوى أصول الالتزامات بند ٣٠٤ ص ٤٣١ و ٤٣٢ ، مارتان ص ٥٩ و ٦١ في =

إطلاقها فإن في ذلك كل الظلم على العليب وإنما مع مراعاة بعض الملابسات المحيطة بالطبيب والتي أثرت حتماً على سلوكه . ذلك أن الطبيب يقط ليس إلا كائناتاً افتراضياً لا يعيش في عصر معين ولا في جهة خاصة فلكي تتحقق المقارنة على الوجه الصحيح يجب أن نخرج من عالم التجريد إلى عالم الحقيقة فنضع هذا النموذج الذي تخيرناه في نفس الحالات الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول^(١) وليس معنى هذا أننا نذهب إلى حد وضعه في نفس الظروف التي أحاطت بضمير المدعى عليه فتقارن بين سلوك هذا الأخير وسلوك شخص له مثل نفسيته وإلا رجعنا إلى نظرية التقدير الشخصي التي رفضناها .

فأين إذن الحد بين الظروف الخارجية التي تجب مراعاتها والظروف الداخلية التي يجب إهمالها ؟

== الآخر و ٦٢ ، ودع فرج المرجع السابق ص ٣٩٨ ، مازو بند ٤٢٣ ؟؟ - ٤٣٩ -
٥١١ هامش ١ مكرر و ٦٧٧ و ٦٧٨ . قرب كولان وكايتان طبة ج ٨ بند ٢ و ١٩٠ ،
سافانيه الجهة الانتقادية ١٩٣٤ ص ٤٠٩ ؟؟ بند ١٧ ، سليمان مرقس نظرية دفع المسؤولية
ص ١٤ ، سنهوري نظرية القصد ص ٩٥٤ بند ٨٥ والالتزامات بند ٢٧٩ و ٣١١ ، مصطفى
مرعي بك المسؤولية المدنية بند ٤٠ ص ٣١ ، جاردنا ص ١٤ بند ٤٠ ، هوك ج ٧ بند ٩٣
ص ١٣٩ ، جيني التبعات والمسئولية سنة ١٩٠٣ ص ٨٣٨ ، دكتور حشمت ابوسنت
الالتزامات بند ٣٦٢ ص ٢٥٤ وبند ٤٤٧ ص ٣١٦ ، سورداطبة ٥ بند ٦٥٣ ص ٧٣١
و بند ٦٥٧ ص ٧٣٥ ، زخاريا ص ٣٢٠ هامش ١٩ ، فروماجو الخطأ كصدر للمسئولية
ص ٣٩ ، سالي حوادث العمل والمسئولية المدنية ص ٥٣ . وفي القانون الإنجليزي راجع
هالنبوري المرجع السابق ج ٢٢ طبة ١٢ ص ٣١٨ ؟؟ بند ٦٠١ و ج ٢٣ ص ٥٧١ ؟؟ بند
٨٢٥ و ٨٢٦ .

وأغلب التصرّيات الأجنبية تأخذ بقاعدة تقدير الخطأ بمعيار مجرد . راجع في ذلك مازو
بند ٤٤١ ؟؟ ، ودوج ج ٣ بند ٢٩٥ ص ٤٩٠ ، وليجال ١١٠ ؟؟ .

(١) Bethremieux - Essai historique et critique sur le fondement de la

responsabilité civile en droit français, thèse No. 41. مازو بند ٤٢٩ ، لاس
بند ٧٧ ؟؟ ، ديغلو ص ٧٩ ، مازان ص ٢١٥ ؟؟ ، هالنبوري ج ٢٢ ص ٣١٨ و ٣١٩
بند ٦٠١ و ج ٢٣ بند ٨٢٣ ص ٥٦٩ . قرب مصطفى مرعي بند ٤١ ص ٣١ ، حشمت
أبوسنت نظرية الالتزام بند ٤٤٧ ص ٣١٦ .

يقول الفقيه مازو^(١) إن الأحوال الداخلية هي اللاحقة بشخص المسئول والمتعلقة بخصائصه الطبيعية والأدوية وكل ما عداها هو من قبيل الأحوال الخارجية .

وعلى ذلك فلا شك أن خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات سريعة قد لا تكون محاطة بظروف ملائمة تعتبر من الحالات الخارجية التي لا بد من مراعاتها في تقدير الخطأ المنسوب إلى الطبيب^(٢) .

كذلك الحال بالنسبة لكل ما يتعلق بالزمان والمكان المدعى بمحصول الخطأ فيهما وما اقترن بهما من إجراء العلاج بعيداً عن المستشفيات والأدوات العلاجية اللازمة أو معونة زملاء والمرضين إذ أن هذه الظروف وما يماثلها تتيح للطبيب أعمالاً لو صدرت منه في غيرها لعدت خطأً أكيداً يوجب مسئولته^(٣) .

فتلا إغفال إجراء أشعة على العضو المصاب وهو ما قد يعتبر خطأ بالنسبة لطبيب المدن لا يمكن أن يؤخذ عليه طبيب الريف الذي لا تتوافر له الوسائل لإجرائها .

(١) مازو بند ٤٣٨ .

(٢) راجع روان ١٩٢٣/٤/٢١ سري ٢٤ — ٢ — ١٧ جازيت باليه ١٩٢٣ — ٢ — ٢٤٧ ، مازان ص ٢١٦ ، ديموج المحلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص ١١٠٤ بند ٢١ ، هالسيوري المرجع السابق ج ٢٣ ص ٥٧٦ بند ٨٢٨ ، مازو بند ٥١١ ص ٥٥٥ . قرب اسمان في بلانيول بند ٥١٩ ج ٦ ، وفرن هالسيوري المرجع السابق ج ٢٣ بند ٨٢٧ حيث ما جاء فيه أن درجة العناية المطلوبة تتناسب تناسباً طردياً مع خطورة العملية واحتمال حصول الضرر من إجرائها .

(٣) لاكس بند ٧٨ — قضية لاپورت — باريس ١٨٩٨/٣/٤ سري ١٨٩٩ — ٢ — ٩٠ ، روان ١٩٢٣/٤/١١ جازيت باليه ١٩٢٣ — ٢ — ٢٤٧ سري ١٩٢٤ — ٢ — ١٧ ، باريس ١٩٢٣/٦/٦ دالوز ١٩٢٤ — ٢ — ١١٧ ، ليون ١٩٠٤/١١/١٧ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ هامش ٨ ، وفي سري ١٩٠٧ — ٢ — ٣٣٣ . قرب مازو ج ١ بند ٤٣٢ ، وسنهوري للوجز في الالتزامات بند ٣١١ ، مصطنع مري بند ٤١ ، ودج فرج ص ٣٩٨ و ٣٩٩ للرجع السابق ، مازان ص ٢١٦ .

فلتقدير سلوك الطبيب إذن على القاضي أن يتساءل عما كان يفعله طبيب يقظ في الزمان والمكان الذي حصل فيهما العلاج مع مراعاة الأصول العلمية وحالة المرض وهكذا فإن معيار الخطأ يحتفظ بالمرونة اللازمة لكي يلائم ملائسات الحال ويتمشى مع التطورات الاجتماعية والتقدم العلمي^(١).

وعلى العكس من ذلك ليس هناك شك في أنه يعتبر من قبيل الأحوال الداخلية بالنسبة للطبيب المسئول كل ما تعلق بتكوينه الجسدي وبجائته النفسية^(٢) كماداته وصفاته إذ ليس من العدل في شيء أن يرجع في تحقيق مسلك الطبيب إلى أحواله المتصلة بشخصه من حيث القوة أو الضعف واليقظة أو الغفلة والنشاط أو الخمول حتى لا يتحمل المجموع الآثار السيئة للطابع الناقصة أو المعيبة^(٣).

وقد حكمت محكمة دويه في ١٩ يناير سنة ١٩٣١^(٤) بأن عاهة الطبيب لا تصلح أن تكون عذراً له إذ من حق المريض وإن كان عالماً بهذه العاهة أن يفترض أن الطبيب وقد أقدم على إجراء العملية حاصل على كل

(١) لاكس بند ٧٧ و ٧٨ ، مازو بند ٤٣١ و ٤٣٢ ، مازان ص ٢٢١ .

تعلق R.C. على حكم يوم ١٩٢٩/٢/٥ ، جازيت باليه ١٩٢٩ - ١ - ٦٥١ عمود ثاني.

(٢) مازو بند ٤٣٣ .

(٣) قرب مصطفى مرعي بند ٤٠ ص ٣١ .

Halsbury's (op. cit.) v. 22, p. 318, No. 600 - وقد جاء فيه :

« A person who holds himself out as ready to give medical advice or treatment impliedly undertakes that he is possessed of skill and knowledge for that purpose ».

راجع أيضاً هاليسوري ج ٢٣ بند ٨٢٩ .

(٤) جازيت باليه ١٩٣١ - ٢ - ٧٧٥ ، دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ ملخص ٩ .

قرب هاليسوري ج ٣ بند ٨٢٩ ص ٥٧٩ :

« A man should not however undertake to do a work of skill unless he is fitted for it and it is his duty to know whether he is so fitted or not ».

المؤهلات لإجرائها وأن عاقبته لا تؤثر في قدرته في هذه الناحية والحال يجب أن يكون بالمثل بالنسبة للطبيب الذي يقدم على العلاج وهو في حالة سكر فقد معها شعوره وسلامة تقديره إذ يجب ألا يغرب عن باله أن السكر عاقبة خطيرة وأنه يرتكب خطأ لا يغتفر إن هو أقدم على العلاج وهو في هذه الحالة دون أن يبالي بالأخطار التي قد يتعرض لها المريض^(١).
وخلاصة ما تقدم أنه لتحديد مستوى العناية التي يلزم بها الطبيب يجب أن نرجع إلى معيار مجرد تراعى فيه الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول فهل يصدق ما قلناه سواء أكانت مسئولية الطبيب عقدية أم تقصيرية ؟ الواقع أنه إذا كان تحديد التزامات الطبيب أمراً مرجعه إلى القواعد المهنية ففي الدائرة العقدية يجب ألا نفعل ما للإرادة المشتركة من أثر في تحديد مدى العناية التي يجب على الطبيب أن يبذلها ، وإذا كنا قد قلنا إن الأصل في تحديد هذه العناية هو الرجوع إلى معيار مجرد فاذلك إلا تفسيراً لإرادة الطرفين^(٢) إذ المفروض فيمن يلجأ إلى طبيب لعلاجيه أنه ينتظر منه العناية المعتادة من الطبيب البقظ^(٣).

على أنه ما دام مرجع المسألة إلى إرادة الطرفين فإنه إن دلت الظروف على أن النية المشتركة قد اتجهت إلى استلزام مستوى من العناية أشد أو أخف من المستوى المعتاد ، فبأن له المصلحة في هذا الادعاء أن يثبت صحة ما يدعيه^(٤).

(١) مازان ص ٢١٨ ، بلاش رودييه ص ٢١٨ .

(٢) وهو ما يتفق مع التفسير الذي يعطيه الفقه الحديث للسادة ١١٣٧ م ف راجع مازو بند ٦٦١ .

(٣) راجع مازان ص ٢١٦ ، حكم محكمة السين في ١٩٣٨/١/٤ (فالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٨ ملخص الأحكام ١١) الذي قرر أن الطبيب يرتكب خطأ تخالفياً لأن هو لم يبذل في العلاج العناية التي يحق للمريض أن ينتظرها منه بالنظر إلى ما جرت عليه العادة . قرب سودا بند ٦٥٤ .

(٤) قرب سودا بند ٦٥٧ .

والقول بغير ذلك من شأنه إيقاع الظلم ببطاقة كبيرة من الأطباء وإحداث الفوضى في المهنة الطبية بل وعلى الأخص إهدار قصد العقادين .
فطبقاً للقاعدة التي وضعناها يمتنع التخصص الفني والمركز العلمي والخبرة في ممارسة المهنة من الظروف الداخلية . فهل يجوز أن نفترض أن المريض يتطلب مستوى واحداً من العناية سواء التجأ إلى طبيب عمومي حديث السن حديث العهد بالمهنة أم التجأ إلى طبيب أخصائي ذي شهرة واسعة في فنه ؟ وهل يجوز إهدار جميع الصفات الطبيعية والأدبية في الاثنين اكتفاء بصفة خارجية كإقامتهما في بلد واحد ؟ ثم ماذا يبقى من عقد العلاج إذا قلنا بهذه النظرية ، فالمرضى الذي يختار طبيبه يقدر عادة كل مؤهلاته وصفاته المعروفة وهذه هي سمعة رجل الطب ورأس ماله وكثيراً ما يكون لها أثر في تقدير أجره . فعقد العلاج تراعى فيه شخصية المتعاقد فكيف تهدر مقومات تلك الشخصية عند مقارنة مسلك صاحبها بالمسلك الواجب لتقدير أعماله^(١) ؟ لاشك أنه يجب الوقوف عند بعض الصفات التي كانت محل اعتبار عند التعاقد^(٢) . ولكن كيف يمكن تقصى الإرادة المشتركة للطرفين والكشف عما استقر في صدرهما ؟

غنى عن البيان أن الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية ، تتطوى على كثير من التعقيد والغموض فلا غرو إن لم يكن أماننا من سيل الوصول إليها إلا بتلس مظاهرها الخارجية فهي التي تنقلها من العالم النفسى إلى العالم الاجتماعى .

على أنه إذا كانت ميول الطبيب وعاداته قلباً تكون محل اعتبار في

(١) وديع فرج المرجع السابق ص ٣٩٩ ، فوزييه المرجع السابق ص ٤٤٢ ، ٤٤٣
المرجع السابق ص ٦٢٥ . وقرب محمد على إمام ص ٢٩٨ وهو يشير إلى أهمية الاعتبار النفسى
في العقود التي تجري مع أطباء للمهن .

(٢) قرب عمكة مصر المخططة في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٦ جلزيت المحاكم المخططة سنة ٧
ص ٥٧ رقم ١٦٦ .

التعاقد لأنها في الغالب تكون مجهولة من المريض ^(١) فهناك بالعكس عوامل شخصية لها صلة وثيقة بعمل الطبيب وكفائته في مهنته ومركزه بين زملائه كالتخصص في فرع من الفروع وكأن يكون على رأس مستشفى من المستشفيات أو مدرساً في جامعة من الجامعات وكالوجود في قرية بعيدة عن العلم والعلماء وما إلى ذلك من الاعتبارات التي يراعيها المريض عند اختيار الطبيب والتي يمكن أن نطلق عليها الاعتبارات التي ترجع إلى المستوى المهني للطبيب فلو أضيف هذا العنصر إلى عناصر التقدير المجرد بحيث يراعى عند المقارنة الأحوال الخارجية والمستوى المهني وما يثبت أن الطرفين راعيا من الأحوال الشخصية اللاحقة بالطبيب فيقارن الطبيب الرفي بطبيب ريفي مثله والمتخصص في المدينة بمتخصص مثله لأصبحت تلك القاعدة صالحة في عرفنا أساساً لتقدير الخطأ الطبي ^(٢). فلا يلام الجراح على فشله في عملية كان في استطاعة جراح آخر أمهر منه أن ينجح فيها ما لم ينم سلوكه عن تصور عن عناية الجراح اليقظ ^(٣). ولا يسأل الطبيب العمومي عن جهله بما يعرفه

(١) ملتان للرجع السابق ص ٦٢ .

(٢) وديج فرج المرجع السابق ص ٤٠٠ ، فالك المجلة الانتقادية ١٩٣٧ ص ٦٢٦ ، ملتان ص ٢١٩ ، بلانش رودييه ص ٢١٧ و ٢١٩ ؟؟ .

(٣) لاكاس بند ٧٨ ص ٦٤ ، ايلتون وسلاما القانون الطبي ص ٧١ ؟؟ ، جارسون قانون العقوبات م ٣١٩ و ٣٢٠ بند ١٩٢ ، نيس في دالوز ١٩١٩ - ١ - ٣١ الفقرة الأولى محمود أول ، ديوران للرجع السابق ص ١٥٨ ، ليج ١٨٩٠/٧/٣٠ دالوز ١٨٩١ - ٢ - ٢٨١ ، سيرى ١٨٩٥ - ٢ - ٢٣٧ ، متز ١٨٩٧/٥/٢١ سيرى ١٨٩٨ - ٢ - ١٠٦ ، دالوز ٦٧ - ٢ - ١١٠ ، محكمة مصر في ١٩٢٧/٥/٢ المحاكم عدد ١٤٢٩ سنة ٣٩ رقم ١٠٣٧ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ الحقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ و ٣٣٧ ولقد جاء في حيثياته « والبدأ الذي يمكن أن يستخلص من هذه الأحكام (الأحكام القرنية) هو أنه ليس للساكم أن تبحث في النظريات والآراء الطبية ، كما أنه ليس لها أن ترافق أو تنتقد طريقة العلاج وبناء على ذلك لا يصح أن يسأل الطبيب لخطئه في تشخيص المرض أو لأنه باشر عملية جراحية بغير مهارة وقد كان يمكن لطبيب ماهر أن يباشرها بنجاح . قرب الاتحاد السويسري ١٨٩٢/٦/١٠ - ٤ - ٣٨ ، Le Pay ١٩١١/١٢/٧ مذكور في جاردنا وريتقى ص ٣٨٠ عمود ٢ .

الاحصائيون وحدهم من تشخيص وعلاج بعض الأمراض ولكن نفس الجهل لأعراض مرض يس عضواً معيناً يوجب مسئولية من تخصص في أمراض ذلك العضو حتى لو كان المرض لم يكشف عنه التقدم العلمى إلا حديثاً^(١).

كذلك الطبيب الذى يلجأ إلى طبيب مسن في الريف مفروض فيه أنه يعلم بأنه بعيد عن التطورات العلمية الحديثة فلا يمكنه كما قررت محكمة^(٢) ليون أن يلومه على استعمال الوسائل العتيقة التي يعرفها .

وبالعكس فإن الطبيب الذى يعمل بإحدى المدن الكبرى عليه أن يتتبع التطور العلمى ولا يغتفر له جهله بالحقائق الجديدة التي أسفر عنها التقدم في الفن الطبي .

كذلك الحال بالنسبة للأطباء الذين يقصرون نشاطهم على ناحية معينة يتخصصون فيها كالأطباء الاحصائيين في أمراض القلب أو الصدر . الخ

(١) فالك المرجع السابق ٦٢٦ و ٦٢٧ ، ليون ١٠/١١/١٩٢٣ في جاردنا وريشى ص ٣٨١ عمول أول .

(٢) ليون في ١٧/١١/١٩٠٤ سري ١٩٠٧ — ٢ — ٢٢٣ وتعليق بيرو خاصة حيث يقول :

«Faire une opération d'après un procédé abandonné est une faute médicale».

Mais si ce procédé se trouvait encore préconisé dix ou douze années auparavant par l'un des Maîtres de la Science et si le prévenu est un humble praticien résidant loin de tout grand centre intellectuel, cette faute n'est évidemment pas lourde. On est en face d'une fluctuation scientifique ne se répercutant dans l'ensemble du corps médical qu'au bout d'un assez grand nombre d'années malgré la diffusion actuelle des journaux de médecine ; l'emploi d'une telle méthode opératoire par un médecin de campagne ou de petite ville n'est pas juridiquement reprochable en lui-même».

ولقد سأل بيرو بحق عما إذا لم يكن هناك وجه لمساءة الطبيب إذا هو لم يبن باستشارة أحد زملائه في استعمال مادة خطيرة ككلوريدات الكوكاين رغم ما كان يضر به من تصور في سلوكياته لئلا التقدم للتمر في الفن الطبي التي حالت ظروفه الشخصية دون تنبيهه . راجع أيضاً R.C. — جزيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٥١ عمود ٢ .

لا شك أنهم يطالبون بعناية أكبر من التي يطالب بها الأطباء العموميون فالمرضى لا يلجأ إلى الاختصاصى عادة إلا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذى يقدر أن حالة المريض تستدعى عناية من شخص له دراية خاصة فالاختصاصى يجب أن يكون على إلمام تام بأصول فنه ولتقدير سلوكه يجب أن يقارن سلوك إخصائى مثله^(١). ولكن من جهة أخرى لما كانت دائرة بحثه مقصورة على ناحية معينة فإنه لا يسأل إن هو لم يكشف للمريض عن مرض عالج عن هذه الدائرة فلا يلام مثلاً من تخصص فى أمراض المعدة إن هو لم يكشف على الأعضاء التناسلية للمريضة وهو ما كان يضمن له الوقوف على حقيقة الداء^(٢).

(١) لاكس بند ٧٨ ص ٦٣ فى الآخر ، مازان ص ٢٢٠ وراجع محكمة مصر فى ٥/٢/ ١٩٢٧ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ . وقد اعتبرت الطبيب المولود مسئولاً عن استعماله العنف فى جذب الجنين رغم كبر حجم رأسه وضيق الحوض استناداً إلى ما قرره الدكتور نجيب محفوظ من أنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عن النطق رغم أنه من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب غير إخصائى يعالج كل الأمراض . وقد قررت محكمة النقض القرنية بحكمها الصادر فى ٣/٤/ ١٩٢٩ (دالوز الأسبوعى ١٩٣٩ — ٣٢٧ وسبى ١٩٣٩ — ١ — ١٦٦) أن الطبيب الاختصاصى فى الأشعة لا يضطر له خطأ فى قراءة صورة تم عن وجود كسر فى عظمة الفخذ إذ أن درايته الخاصة فى هذه الناحية كانت تحم عليه تلافى الوقوع فى مثل هذا الخطأ . راجع أيضاً ص ١/٢/ ١٩٣٦ بحاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ وقد جاء فى حيلياته :

« والنسبة للأطباء الاختصاصيين فإنه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان بغيراً خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجاتهم لأنه من واجهم الحق فى التفحص والاعتناء وعدم الإهمال فى المعالجة » .

(٢) ملرتان ص ٦٨ ، بلانز روديه ص ٢١٩ و ٢٢٠ ، محكمة أبغرى ١/٥/ ١٩٣١ المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٨٩٤ وتطبيق ديموج بند ٣٧ ، مصر لللكية فى ٣٠/٥/ ١٩٣٣ فى قضية عبد الحميد حمدي الواردة بالجدول رقم ٧٨٧ سنة ١٩٣٧ . وقد جاء فى ختام الحكم عن الدعوى الأصلية ما نصه :

« وحيث إنه لا نزاع فى أن الطبيب الاختصاصى الذى يعالج مريضاً بناء على أمر الطبيب المعالج ليس مسئولاً عن نتيجة هذا العلاج إلا إذا ثبت أنه كان خطأً من حيث الفن فى اختصاصه عند معالجة المريض أو قد استعمل طرقاً غير قبية تتعلق بمهنته وقد حكمت بذلك محاكم النقض القرنية وكذلك أيضاً أيد الفقه هذه النظرية » .

قد يعاب على القاعدة التي وضعناها أنها تترك للقاضي مجالاً واسعاً للتصرف في التقدير فينتهي الحال بأن يتغير المعيار بتغير القضاة. وفضلاً عن هذا الاعتراض ليس مروجاً إلى معيار الخطأ الطبي وحده فإنه يجب ألا ننسى أن القاضي لا يحكم منفرداً في القضايا الهامة وأنه من جهة أخرى يستعين برأى الخبراء وفي النهاية لا سبيل إلى إيجاد معيار يقاس به مسلك الأشخاص كما تقاس الأبعاد المادية بالمترو والذراع ، فيجب الاعتماد على علم القضاة وإدراكهم ، وليس في ذلك ما يخشى منه تحكم القضاة فإن حكمة النقض تقيم من نفسها رقيباً على تكييف الوقائع الثابتة والحكم فيها إذا كانت تعتبر خطأ أو لا تعتبر^(١). ومن جهة أخرى فإن أحكام المحاكم تغلق عرفاً يصعب على القاضي أن يتجاوزها فثلاً لا يستطيع القاضي أن يحكم بأن الجراح يمكنه أن يجري عملية بدون أن يطهر يديه^(٢).

فكرة الخطأ الجسيم والمسئولية الطبية :

قلنا إن الخطأ الطبي هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته وبيننا أن الطبيب يسأل بوجه عام عن كل تقصير في مسلكه لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به فهل يشترط أن يكون التقصير الذي وقع منه على جانب معين من الخطورة أو بعبارة أخرى هل يشترط في الخطأ الطبي درجة معينة من الجسامة ؟

استقرت تقاليد القانون على عدم اشتراط درجة معينة من الجسامة في الخطأ ف سواء أوصف الخطأ بأنه جسيم أم يسير فهو كاف لشغل المسئولية

(١) ملزوم ج ٣ بند ٢٢٠٨ ، لاكس من ٦٥ بند ٧٩ ، جوسران ج ٢ بند ٤٣٨ والأحكام التي ذكرها ، سليمان مرقس ص ١٤ .

(٢) ملزوم ج ١ بند ٤٤٠ في الآخر ، لاكس من ٦٥ بند ٧٩ ، ملزان ص ٢٢٢ ، مصطفى بك مرعى المسئولية المدنية بند ٤٧ ص ٣٢ .

ولكن بعض رجال الفقه^(١) رأوا أنه فيما يتعلق بالأطباء يجب أن نميز بين

(١) ساقانيه — المسؤولية المدنية ج ٢ بند ٧٧٧ و ٧٨٣ و ٧٩٠ و ٧٩٥ وفي دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ تطبيقاً على مرائض ١٩٣٨/١١/٣٠ ، لالو — المسؤولية المدنية طبعة أولى بند ١٦٧ ؟؟ وطبعة ثانية بند ٤٧٢ ؟؟ ، التطبيق على ريوم ١٩٢٩/٢/٥ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٤ ، بودان Boudant ج ١١٨٧ ٤ ، ديمولوب ج ٣١ بند ٥٤٣ ؟؟ ، ديموج ج ٣ بند ٢٦٤ ، فوزينيه س ١٢٦ ؟؟ . وراجع مع ذلك في بيان ما تصدده المحاكم في ظره من اشتراط الخطأ الجسيم س ١٣١ و ١٤٣ ؟؟ وس ٤٦٧ ؟؟ ، وفي المقارنة بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط س ٢٥٩ و ٢٦٠ .

عكس ما زو بند ٥٠٩ و ٥١١ ، لالو دالوز ١٩٣٣ — ١ — ١/١١٣ ، لوران ج ٢٠ بند ٥١٦ س ٥٦٠ ، مصطفى مري بند ٧٠ و ٧١ ، فالك س ٦١١ المجلة الاقتصادية سنة ١٩٣٧ ، سليمان مرقس مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ س ١٥٧ ؟؟ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٤٤٩ و ٤٥١ ، بلانيول إسمان بند ٥٢٤ ، ديموج ج ٦ بند ١٨٠ ، لاكاس بند ٦٧ .

فان جوران ج ٢ بند ٤٢٧ و ٤٩٠ و ٥١٢ مكرر — ١٠٠٧ مكرر ، ودع فرج سنة ١٢ مجلة القانون والاقتصاد س ٤٠٤ ؟؟ ، ليون دنيس دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ ، فان رين س ٢٨ ، بيتر س ٣٣ ؟؟ ، جوران دالوز الأسبوعي ١٩٣٩ س ٣٠ و ٣١ في الآخر ؟؟ ، بيروفي سيدي ١٩١٠ — ٢ — ١٥٣ تطبيقاً على سين ١٩٠٧/٧/٢٠ ، مراصة لويير أمام محكمة بروكسل في قضية ١٩٣٠/٥/٣ ١٩٣٠/٥/٣ Bely Jud. 1930, 594.

راجع مع ذلك يومبول — المسؤولية الطبية أمام المحاكم س ٢٣ ؟؟ ، ميريباك في دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٤١ ، بيرو في سيدي ١٩٠٧ — ٢ — ٢٣٣ و ١٩٠٩ — ٢ — ٢٢٥ و ٣٢١ ، جاردنا وريشفي بند ٣١٢ .

ويرى مانش س ٣٦ ؟؟ من المرجح السابق أن الطبيب يجب ألا يسأل بوجه عام إلا عن الخطأ الجسيم دون البسيط وأن مسئولته من ثم نسبية . ولقد تآدى الأطباء بهذه النظرية وأخذ بها بعض الفقهاء :

Lechopie & Fioquet, Code des Med. p. 205.

Morache La prof. médicale. p. 199.

Vibret Med. les 6me éd. p. 764.

القليل في المسؤولية الجنائية س ٢٣٦ ، جندي عبد الملك — اللوسوعة الجنائية ج ١ س ٥٣٩ بند ١٣٥ . ومع ذلك فان نفس الكتاب ج ٥ س ٨٦٢ رقم ٤٠٧ ، دكتور خيال عاضراته غير المطبوعة التي ألفت في سنة ١٩٣٨ على طلبة السنة الثالثة في الالتزامات .

ويذهب البعض (ديسلير س ٥١ ؟؟ من المرجع السابق ، ومراصة كريمو في قضية نوريه نوروي س ٦٨ و ٦٩ مذكورة في ديسلير س ٦٨ و ٦٩ ، ويرواردل س ٢٧ ؟؟ في كتاب المسؤولية الطبية) إلى أن الطبيب لا يسأل في الأصل عن الخطأ الذي إطلاقاً ، إذ ليس =

نوعين من الخطأ : نوع يشمل الخطأ العادى الذى يقع فيه الطبيب كما يقع فيه غيره من الناس كلما فاته أن يؤدى واجب الحرص المفروض على الكافة ونوع يشمل الخطأ المبنى الذى يقع فيه الطبيب كلما عالف القواعد الفنية التى توجبها عليه مهته .

وعند هؤلاء الفقهاء أن الطبيب يسأل عن خطئه من النوع الأول فى جميع درجاته وصوره أما بالنسبة للنوع الثانى فلا يسأل إلا عن خطئه الجسم^(١) .

وإذا فرضنا جدلاً صحة هذه النظرية فإنه يعيبها أنه إن كان التميز بين نوعى الخطأ طبقاً للمعيار الذى وضعوه سهلاً ويمكناً فى بعض الصور كما لو قام الجراح بعملية جراحية وهو فى حالة سكر^(٢) أو أجراها مع كون

= نقاضى أن يتعمم الدائرة الطبية ليناقش النظريات الفنية ، إنما يسأل الطبيب عن الأفعال التى لو صدرت من الشخص العادى لأوجبته مسئوليته .

ولا شك أن تعميم هذا البعد من شأنه أن يحرم على القضاة الفصل فى المسائل الفنية عامة وهو ما يتبنى بالقضاء إلى النخل عن القضاء (جاردتا وريتسى ص ٣١٢ بند ١٩١) .
ولكن أنصار هذا البعد يزعمون أن المحاكم قد أقرته (بيزانسون ١٨/١٢/١٨٤٤ سيري ١٨٤٥ — ٢ — ٦٠٢ ، عرائفى ١٨٦٢/٧/٢١ سيري ١٨٦٢ — ١ — ٨١٧ ، دالوز ١٨٦٢ — ١ — ٤١٩ ، ديجون ١٤ مايو سنة ١٨٦٨ سيري ١٨٦٩ — ٢ — ١٢ ، دالوز ١٨٦٩ — ٢ — ١٩٥ — ٢ ، سين ٢٢ يناير سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ — ٢ — ٢٨١ فى هامش B ، G.P. ١٨٨٩ — ١ — ٣٣٦ ، سين ١٩٠١/١/٥ باندبكت ١٩٠٢ — ٢ — ٢١٦ ، بريس ١٩٢٤/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ ، جراس ١٩٣٥/٥/٢٧ جازيت باليه ١٩٣٥ — ٢ — ٣٤١ . ولنا عود لتناقض هذه الأحكام وتحليلها .

(١) ويرد إيمانويل لى (المجلة الاتحادية ١٨٩٩ ص ٣٩٠) هذه النتيجة بقوله :
« Toutes les fois que nous exerçons notre activité au profit d'autrui, la loi et la jurisprudence considèrent que la faute et le risque sont choses normales ; elles estiment que notre activité est naturellement faillible et ainsi, en principe, elles ne font point retomber sur nous les conséquences de la faute légère, elles la traitent comme cas fortuit ».

(٢) جاردتا وريتسى ص ٣١٣ بند ١٩٧ راجع مع ذلك Emile Arighi De Casanova — La responsabilité médicale et le Droit Commun de la Responsabilité civile, Thèse 1946, No. 17.

يده اليمنى مصابة بصعوبة عن الحركة ^(١) حيث يعتبر خطوه عادياً أو ارتكب غلطاً في التشخيص فيوصف خطوه بأنه خطأ منى — فإن الأمر يبق أحياناً لدرجة يصعب معها القول بما إذا كان الخطأ عادياً أو منياً ^(٢) فتلا عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب اعتبرته محكمة نانسى خطأ عادياً ^(٣) في حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتماً لتقدير حالة المريض الطبية وما قد يتعرض له من أخطار لو بقى خارج المستشفى ، كذلك ترك قطعة شاش أو آلة في جسم المريض أثناء العملية الجراحية قد يتبادر إلى الذهن أنه خطأ مادي غير أن السرعة التي تتطلبها بعض العمليات الجراحية قد تجعل منه خطأ منياً . كذلك الجراح الذي يقدم على إجراء عملية خطيرة لا لعلاج المريض من داء حقيقى يشكو منه بل لإزالة تشويه جسماني لا تأثير له على صحته يبدو أنه يرتكب خطأ عادياً وهو ما قرره محكمة السين ^(٤) ومع ذلك فإنه لتقدير خطورة العملية أليس من اللازم

(١) دويه ١٩٣١/١/١٩ جازيت باليه ١٩٣١ — ٢ — ٧٧٣ ، دالوز ١٩٣٢ ملخص الأحكام ٩ .

ويضرب فوازييه (المرجع السابق ص ١٢٧) مثلاً للخطأ العادى حالة طبيب الأسنان الذى يهتك عرض المريضة وهى تحت تأثير البنج ، وحالة طبيب الأسنان أيضاً الذى يخلع أربعة عفر ضرساً بقصد الحصول على أجر أكبر .

قرب : حالة الجراح يترك حافظه ماء ساخنة على قدمى مريض تحت تأثير البنج فيصيب له حرقاً (باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣ — ٢ — ١١٣ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٤٥٠ ، وورج ١٩٣٨/٢/٢ جازيت باليه ١٩٣٨ — ١ — ٧٢٣) . وحالة الطبيب يهجر مريضة بجأه بدون أن يحل طبيباً آخر محله (پو ١٩١٣/٦/٣٠ سبرى ١٩١٣ — ٢ — ٢٧٧ ، دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ ، وجراس ٢٧ مايو ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥ — ٢ — ٣٤١ ، سين ١٩١٠/١٢/٢٩ جازيت باليه ١٩١١ — ١ — ١٠٠) .

(٢) لاكس بند ٦٨ ، ملزو — للمسئولية للدنية بند ٥٠٩ ، ملزان المرجع السابق ص ٢٢٦ للمرجع السابق .

(٣) نانسى ١٩٢٨/١/١٩ جازيت باليه ١٩٢٨ — ١ — ٤١٠ ، ملزو بند ٥٠٩ ، ملزان ص ٢٢٦ .

(٤) سين ١٩٢٩/٢/٢٥ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٤٢٤ .

الرجوع للأصول الطبية (١).

وبين لنا إذن أن التمييز بين نوعين من الخطأ في دائرة نشاط الطبيب لا يخلو من التحكم فكل خطأ يصدر من الطبيب أثناء مباشرته للعلاج ينطوي حتماً على ناحية مهنية بحيث لا يمكن فصله عن عمله الفني أو وصفه بأنه خطأ عادي كذلك الذي يصدر من عموم الأفراد . فكل خطأ طبي هو في نظرنا خطأ مهني وأكبر دليل على ذلك أن أنصار التفرقة أنفسهم يقررون بأنه عند تقدير الخطأ العادي الصادر من الطبيب لا يمكن أن يفض الطرف عن صفة من ارتكبه (٢) .

وإذا كان هذا التقسيم ينأى عن الواقع في تصويره لطبيعة الأخطاء التي تصدر من الطبيب فإنه يزيدنا اقتناعاً باستبعاده أن ليس في الفن التشريعي ما يسمح بالأخذ به فالتصوص المتعلقة بالمسئولية جاءت عامة فلم تفرق من ناحية الخطأ بين درجاته اليسير منه والجسيم ومن ناحية المخطين لم تفرق بين الفنيين وغير الفنيين . وإذا كانت التصوص تلزم المخطيء بتوضيح الضرر الناشئ عن خطئه فكيف السبيل إلى استثناء الأطباء من حكم القاعدة العامة والقول بأنهم لا يسألون في عملهم الفني إلا عن الأخطاء الجسيمة دون اليسيرة (٣) .

(١) مازو للمسئولية المدنية طبعة ٣ بند ٥٠٩ ، اميل ارمي دي كازانوا المرجع السابق بند ١٧ ، بلانش رودييه ص ٢٢٤ ، سلبان مرقس مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٥٩ ، لاكس المرجع السابق بند ٦٨ ص ٥٥ ، مازان ص ٢٢٦ المرجع السابق .

(٢) ساقاتييه في دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ ، ملزان ص ٢٣٣ ، برو Bru ص ٨٤ و ٨٥ .

(٣) معطى مرعي بند ٧١ ، مازو بند ٥٠٩ وهامش ٧ ، ذلك المجلة الاتحادية سنة ١٩٣٧ ص ٦١١ ، ساهو المرجع السابق ص ٨٣ و ٨٥ ، مارتان — الخطأ المهني لا سيما في المهن الحرة ص ٦٣ ، سلبان مرقس مجلة القانون والاقتصاد ص ١٥٩ سنة ٧ ، ص مصر ٢ يناير سنة ١٩٣٦ ، محاماة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ =
رقم ٩٣ ص ٢٦٠ .

نعم قيل إن التمييز في المعاملة بين نوعي الخطأ يمكن استخلاصه من مشتملات العقد الطبي إذ أن المريض وقت أن تقدم لاختيار الطبيب لم يقصد طبياً أن يضيق من دائرة واجبات الطبيب العامة التي تلزمه بسلوك جانب اليقظة والحذر نحو الآخرين ومن بينهم المريض ذاته بل إنه قصد أن يضيق إلى ذلك الواجب العام بالحذر واليقظة ما يتطلبه عقد العلاج من التزامات طبية فنية، ومع أن هذه الأخيرة قد يجهل المريض حدودها وتفصيلها إلا أنه ترك أمر تحديد العلم والفن الطبي مطالباً الطبيب فيما يتعلق بها بعد أدنى من العناية هو عناية الطبيب اليقظ الذي في مستواه المهني^(١). وهذا القول مبني في نظرنا على أن الالتزام باليقظة والحذر يندمج في سائر العقود وهو ما ينادى به أنصار نظرية الجمع تلك النظرية التي رفضناها وأفضنا في بيان الأسباب التي تدعونا إلى ذلك.

والآن لو صح هذا الأساس القانوني فهل هناك ما يبرر التفرقة في المعاملة بين الخطأ المهني وما سموه الخطأ المادي من الطبيب؟ يقولون إنه إذا كان المنطوق يقضي بأن يسوى في المعاملة بين الطبيب وسائر الأفراد فيما ليس له اتصال بعمله الفني فإنه لا يفهم كيف يكون الطبيب مسئولاً عن آرائه وأفكاره والوسائل التي يختارها في علاج الحالات التي تعرض عليه إذ كيف يمكن أن ينسب له الخطأ وأكبر العيب قد يختلفون في علاج المرض الواحد بله الحالة الواحدة فالحقائق الطبية غير مؤكدة ووسائل العلاج غير مضمونة وكم من حالة تقف أمامها الأصول العلمية حائرة فلا تجدى فيها جهود الإنسان إذا لم تقترن بظروف مستقلة عن إرادته ويكون النجاح فيها منوطاً بمحض الصدفة. فن بين العلوم كافة ليس أكثر من الطب دوراً على الاحتمال واعتماداً على الظروف لأنه مجال التجارب التي لا حد لها، لحالة

== ويصنف جوسران (شرح القانون للدق ج ٢ بند ٤٢٧ ص ٢٤٥ طبعة ٣) بأن مصر

مسئولية الأطباء على الخطأ الجسم لا أساس لها من نصوص القانون .

(١) ودع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٠٥ .

المريض الجسدية وقوة استهدافه بل ومزاجه النفسى لها أقوى أثر في خط سير المرض الأمر الذى يحيط بالقموض حاله ويوقع أكفأ الأطباء في الحيرة ويعرضهم للخطأ فإن نحن سلطنا على الطبيب سيف المسؤولية وحاسبناه على كل هفوة يهفوها لاضطرب ميزان اليقين من نفسه وتزعزعت ثقته بتجاربه وفنه وطافت برأسه أطيايف الخوف والشك وغامت على عقله غيوم تتناول قواعد اليقين من نفسه وبذلك يصبح أمام مأزق من الشك والاضطراب يصعب معه أن يؤدي واجبه الإنساني الجليل على الوجه الأكمل بما يعود على المريض نفسه بأبلغ الضرر . ويقولون إنه ليس من سبيل إلى أن يستقر اليقين وتثبت الطمأنينة في نفس الطبيب إلا إذا شعر بأنه غير مسئول عن الأخطاء اليسيرة التي يتعرض لها الأطباء لزماً أثناء مباشرتهم لمهنتهم ^(١) . ويضيفون إلى ذلك أن الطب لا زال في سبيل التقدم فيجب أن تتسع للأطباء حرية العمل حتى تسهل عليهم مسيرة النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها بعد التحقق من صحتها . ولا شك أن موازنة الطبيب على الخطأ اليسير فيه إرهاب له فيحل محل روح الابتكار الخوف الدائم من مسئولية تكاد تكون محتومة إذ يكفي التأفف من الأمور لكي تنقر ^(٢) .

لكن إذا كانت الحكمة في ألا يسأل الطبيب عن خطئه اليسير هي الرغبة في أن يفسح له مجال الحرية في العمل وفي أن يتفادى القضاء الخوض في المناقشات الفنية التي يشق عليه أن ينتهى منها إلى رأى سليم — إذا كانت الحكمة في إعفاء الطبيب من المسئولية عن الخطأ اليسير ترجع إلى هذين السببين فهذان السببان مردودان من جهة لأنه إن وجب إدخال الطمأنينة

(١) سافاتييه — للمسئولية بند ٧٧٧ و ٧٩٠ دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ ،
جوسران دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٩ بحث الخطأ الجسيم باسم اللجنة من ٣١ الفقرة الأخيرة ،
لغاتويل لى المجلة الانتقادية ١٨٩٩ من ٣٩٠ ديموج ج ٦ من ١٨٦ .

(٢) سافاتييه دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ وفي كتابه في المسئولية بند ٧٩٠ .

في نفوس الأطباء حتى لا يقعد بهم الخوف من المسؤولية عن الإقدام المفيد المنتج، فإن من الواجب أيضاً حماية الجمهور حتى لا يعبث بسلامته استتار الأطباء^(١). ومن جهة أخرى لأن حاجة القضاء لمناقشة المسائل الفنية ليست قاصرة على دعاوى مسؤولية الأطباء وإنما تتناول كل دعوى يثار فيها أي بحث فني فيتحتم على القاضي أن يستخلص من هذا البحث الرأي الذي يهيء له مهمة الفصل في الدعوى والقاضي يرجع فيما يستخلصه قبل كل شيء إلى ما له من علم فإن شق عليه وحده أن يصل إلى ما يرجح ضميره كان له أن يرجع إلى ذوى الخبرة يستنصحبهم ويستعينهم لا لينزل حتماً على رأيهم فيتخلى بذلك عن مهمة الحكم إلى من استنصحه منهم ولكن ليدرس الرأي المقدم له حتى إذا طاب به نفسه واستراح له ضميره اعتمده وأقره ولا رفضه وامتنع عن الأخذ به^(٢).

لهذا كان الرأي الصائب في نظرنا أن الطيب يسأل عن كل خطأ يثبت في حقه بفض النظر عما إذا كان هذا الخطأ جسيماً أو يسيراً^(٣).

(١) مصطفي بك مرعي في المسؤولية المدنية بند ٧١، مازو بند ٥٠٩، لاكاس بند ٦٨ ص ٥٥، س مصر ٢ يناير سنة ١٩٣٦ علامة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠، محكمة الاسكندرية السككية ١٩٤٢/١٢/٣١ (رقم ٢٦٤ كلى سنة ١٩٤٢).

(٢) الاسكندرية السككية ١٩٤٢/١٢/٣١ رقم ٢٦٤ كلى سنة ١٩٤٢، مصطفي مرعي بند ٧١، لاكاس بند ٧٢، ٧٣ ص ٥٩.

(٣) مصطفي مرعي بند ٧١، مازو ج ١ بند ٥٠٨ وخامسة ٥١١ وقرب بند ٤٢٦، بلانول اسمان بند ٥٢٤ الفقرة الأخيرة خاس هامش ص ٧١٨، دالوز يرانك ج ١٠ ص ٣٨٧ بند ٥٢٣، تلك المجلة الاتحادية سنة ١٩٣٧ ص ٦١١، سليمان مرقس ص ١٦١ من مجلة القانون والاقتصاد ص ٧، بلانلي روديه ص ٢٢٦، ملزان ص ٣١، ميشيل — النعمرة الطبية المصرية ١٩٣١ ص ٧١٣، ساهو ص ٨٥، جرافن ص ١٥٥، سوردا بند ٦٧٧ مكرر، جوسران ج ٢ بند ٤٢٧، ديموج ج ٦ بند ١٨٠، لالوفي دالوز ١٩٣٣ — ٢ — ١١٣، لاكاس بند ٧٠، خاصة بند ٧٢، بودري للوجز ج ٢ بند ١٣٤٩، لوران ج ٢٠ بند ٤٤٤، سوردا ج ١ بند ٦٥٢، هوك ج ٨ بند ٤٠٧، جارسون تطبيقاً =

على أن ما يقوله أنصار التفرقة بين الخطأ المادى والخطأ الفنى لا يغفل
من جانب من الصحة إذ لا شك أن العلوم الطبية لم تصل بعد إلى حد الكمال
فهى لازالت مليئة بالاحتمالات بعيدة عن أن تكون مبنية على عناصر ثابتة
ومؤكدة كباقي العلوم الأخرى ولكن ثقات القلب قد انمقد اتفاقهم على
بعض المسائل الأساسية فى تشخيص الأمراض وفى علاجها . فتمت
احتياطات لم تكن مستعملة فى الماضى أصبحت الآن جوهرية فى المراحة
وأصبح الطبيب الذى يفضل اتخاذ الإجراءات المعتادة فى التعقيم يعتبر أنه
ارتكب خطأ أكيداً بينما كان إهمالها فى الماضى ليس من شأنه أن يطرح
مسئولية الطبيب على بساط البحث إطلاقاً .

فعند ما تخترق القواعد الأساسية المسلم بها فى الفن الطبي يكون الطبيب
مستولاً بغض النظر عن جسامته خطئه ^(١) .

أما إذا كان الخطأ بحيث لا يمكن فصله عن المهنة أو اعتباره خطأ
شخصياً من الطبيب بأن كان المبدأ المدعى بإغفاله محل نزاع بين التعاليم
المختلفة فلا مسؤولية على الطبيب ^(٢) إذ أن إخفاق جهوده يرجع إلى النقص

== على اللادين ٣١٩ ، ٣٢٠ بند ١٨٩ ؟؟ ، أنذرة جاك — الاغاثات المتلفة بجسم الانسان
المجلة الانتادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٩٣ ، التطبيق على نم ١٨٨٤/٢/٢٩ فى دالوز ١٨٨٤
— ٢ — ١٧٦ ، تطبيق Legrie فى دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٨٥ ، ص مصر ١٩٣٦/١/٢
عامية سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠ .

(١) بيوتليفاً على باريس ١٩١٩/٦/٢٦ سبى ١٩٢٢ — ٢ — ١١٣ R. C. ، تطبيقاً
على روم ١٩٢٩/٢/٩ بلزيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٥١ ، ملازو بند ٥١٠ ، بلائش
روديه ٢٢٢ ؟؟ خاصة ٢٢٦ ، الرئيس ميشيل — النفرة الطبية الصرية ١٩٣١ ص ٧١٣ ،
ساحو ص ٨٥ ، يجل ص ٣٩ و ٤٠ وجندى عبد الملك ج ٥ ص ٨٦٢ رقم ٤٠٧ .

(٢) بلانيزل إسمان بند ٥٢٥ ، جندى عبد الملك ج ٥ ص ٨٦٢ رقم ٤٠٧ ، راليه
ص ٤٥ و ٦٣ ، بلائش روديه ص ٢٢٥ ، ملازن ص ٧٤ ، دنيس تطبيقاً على هنس ٢٩/٧/
١٩١٩ فى دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ ، حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام بند ٤٤٩
ص ٣١٩ ، محكمة الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سبى ١٨٩٢ — ٤ — ٣٨ ،

في العلوم الطبية وعدم بلوغها بعد حد الكمال فالحق هنا كما يقول جوسران أقرب إلى أن يكون خطأ من المهنة لا خطأ من الطبيب ^(١) وفضلاً عن ذلك فليس من اختصاص القاضي أن يفصل في الخلافات العلمية وليس من شأنه أن يقرر أفضل طريقة معينة على طريقة أخرى لأن ذلك يعرضه للزلل مما قد يهبط بسمة القضاء ويحط من هيته ^(٢) ولم يكن الأمر كذلك قديماً ، فها هو ذا برلمان باريس بعد أن منع استعمال المقينات عدل عن حكمه في سنة ١٦٦٦ لما أن شئ لويس الرابع عشر بهذا النوع من المواء .

فاغلفة الواضحة للمبادئ المسلم بها في الفن الطبي هي وحدها التي يمكن تحريك أن مسؤولية الطبيب إذ أن مؤاخذته عن جميع أخطائه ليس معناها أن يؤخذ بالظن أو بالاحتمال فالمسئولية لا تترتب إلا على خطأ ثابت محقق والاحكام تقوم على اليقين لا على الشك والعلم يجب أن يتواضع أمام

== دوه ١٦/٥/١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ٤٣٦ . قرب هالبوري ج ٢٣
بند ٨٢٩ ص ٥٧٩ .

ولقد عبر برواردل عن ذلك في كتابه في المسئولية الطبية (مذكور في ملتان الخطأ الطبي خاصة في المهن الحرة ص ٥٩) حيث قال بمناسبة حادثة تسمم بالفوسفور :

« Prescrire du phosphore me semble dangereux dit-il attendu que ce corps a tendance à s'accumuler dans l'organisme et peut ainsi causer un empoisonnement ; c'est mon opinion de médecin traitant, mais comme médecin expert je n'avais pas à la formuler. Me basant sur ce fait que cette médication, avait été employée à l'étranger par un homme compétent qui affirmait en avoir eu de bons résultats et qui proclamait son innocence, je n'ai pas hésité à conclure que le médecin n'avait pas commis une faute » .

(١) جوسران دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٩ ص ٣٢ .

(٢) برنارد هيل جازيت الهاكم المقطعة سنة ٢٧ ص ٤ ، يتل ص ٥٠ و ١٠١ ، غوازييه ص ١٣١ ، لاكس بند ٧٢ ص ٥٩ و ٦٠ ، سافتييه في دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ ، مازان ص ٧٥ و ٢٢٩ ، يوميرول ص ٢٩ ، التطبيق على باريس ١٨٩٨/٣ في سيري ١٨٩٩ — ٢ — ٩٠ ، كان ٥ يونيه ١٨٤٤ موسوعة دالوز تحت كلمة مسئولية بند ١٢٩ ، ميزالسون ١٨٤٤/١٢/١٨ في سيري ١٨٤٥ — ٢ — ٦٠٢ ، باريس ٣٠ يونيه ١٨٥٣ موسوعة دالوز تحت كلمة مسئولية بند ١٣٠ ، عرائس ١٨٦٢/٧/٢١ في سيري ١٨٦٢ — ١ — ٨١٧ ، دالوز ١٨٦٢ — ١ — ٤١٩ ، سين ١٨٨٩/١/٢٢ جازيت باليه ==

الحقائق التي تكشف عنها الأيام^(١) ولا جرم أن يعمل حساب لعجز البشر فالنن الطبي لا زال في مهده ولم يكتمل بعد نموه وليس لنا أن نمنع في مطالبة الاطباء بما يخرج عن أيديهم بل علينا أن نقتصر على محاسبتهم على الأصول العلمية الثابتة التي نطق فيها العلم بكلمته الأخيرة .

وعلى ذلك ليست تصح مساءلة الطبيب عن تصرف مسند إليه إذا اختلفت الآراء الفنية في هذا التصرف فأقره بعضها وأنكره بعضها الآخر ، لأن للطبيب فيما يؤيده من آراء ولو كانت قلة شفيح يحول دون

١٨٨٩ — ١ — ٣٣٦ ، دالوز ١٨٩١ — ٢ — ٢٨١ هامش (ب) ، هافر ٥ ديسمبر ١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ — ٢ — ٢٨١ هامش (١) جازيت باليه ١٨٨٩ — ٢ — ٦٨٠ ، بورجون ٢٩ أبريل ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٦ — ٢ — ٤٠٦ ، دويه ٤/١٥/ ١٨٩٧ سيري ١٨٩٨ — ٢ — ٧٨ ، سين ١٨٩٧/١٠/٢٢ سيري ١٨٩٩ — ٢ — ٩٠ ، الجزائر ١٨٩٧/١١/٩ سيري ١٩٠٩ — ٢ — ٣٢١ ، سين ١٩٠١/١/٥ ١٩٠٧ ، Juris. Civ. Resp. méd. prem. fasc. p. 7 ، أميان ١٩٠٦/٢/١٤ دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٤٤ ، سيري ١٩٠٩ — ٢ — ٢٢٥ ، مونتبلية ١٩٠٩/١٢/١٥ دالوز ١٩١٠ — ٥ — ٣١ ، جازيت باليه ١٩١٠ — ١ — ١٨٧ ، ميزانسون ١٠/١٦/ ١٩١٢ جازيت باليه ١٩١٢ — ٢ — ٥٤٢ ، دالوز ١٩١٤ — ٢ — ٨٨ ، سين ١٩١٤/٢/٢٣ جازيت باليه ١٩١٤ — ٢ — ٧٤٢ ، ليغرو ١١/١٦/ ١٩٢٢ جازيت باليه ١٩٢٢ — ٢ — ٧١٨ ، سين ٩ يونيو ١٩٢٣ المحللة سنة ٤ رقم ٧٥٣ ص ٩٦٧ ، باريس ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ .

وفي القضاء البلجيكي : بروكسيل ١٨٦٥/١٢/٢ ١٨٦٥ بلزكريزى ١٨٦٦ — ٢ — ١٧٥ ، ليج ١٨٩٠/٧/٣٠ دالوز ٩١ — ٢ — ٢٨١ ، Belg. Jud. 1891-699 ، ليج ١٢/ ١٨٩٣ Belg. Jud. ١٩٣١ عمود ١٨٥٠ .

وفي القضاء المصري : سم ١٩١١/٢/١٥ B.L.J. ٢٣ — ١٨٣ ، مصر المختلطة ٣٠/ ١٩١٦/٢ Q.M. ٧ ص ٥٧ رقم ١٦٦ ، مصر المختلطة ١٩٢٣/٤/٢٦ Q.M. ١٥ ص ٨٨ رقم ١٣٢ ، جنح مصر ١٩٢٧/٥/٢ عماد ١٩٢٩ سنة ٣٩ حكم رقم ٣٧ مجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ ، الاسكندرية المختلطة ١٨ مايو سنة ١٩٢٨ Q.M. ١٨ ص ٢٤٧ رقم ٣١٥ ، الطلزين الجزئية ١٩٢٩/٤/٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ .

(١) مصطلح بك مرعى بند ٧٢ .

مؤاخذته ^(١) ، بل إن الطيب يعنى من المؤاخنة إذا كان قد عول في تصرفه على مرجع من المراجع التي يصح التعويل عليها ولو ثبت بعد ذلك أن هذا المرجع كان بعيداً عن الصواب ^(٢) وتطبيقاً لذلك قضى في فرنسا ببراءة طيب من تهمة قتل خطأ منشؤها أن كية المخدر التي أعطاها للمريض توطئة لإجراء عملية جراحية له كانت أكثر من القدر الجائر إعطاؤه . وقد استند حكم البراءة إلى أن الطيب قد رجع في تحديد كية المخدر إلى رأى عالم في الطب أثبت رأيه في كتاب مطبوع ^(٣) .

وإذا اشتركت الأعراض الظاهرة على المريض في عدة أمراض وأمكن أن تختلف وجهات النظر الفنية في مصدر هذه الأعراض فلا مسئولية على الطيب إذا أخطأ في تشخيص المرض ^(٤) .

هذه المبادئ هي التي قررها النائب العام دوبان في مرافعته الشهيرة في قضية توريه نوروى ^(٥) التي ظلت منذ سنة ١٨٣٥ الدعامة التي بنيت عليها قواعد المسئولية الطبية حيث قال : « وهل يقال أخيراً كما رضى تواضع الأطباء أن يقولوا إن الطب فن مليء بالاحتمالات وأن مشاهير الطب كثير ما يخطئون في تشخيص طبيعة المرض وأسبابه والاحتياطات الواجب اتخاذها للوقاية منه وعلاجه وإن أحداً لن يجرؤ على مباشرة علاج أو إجراء عملية إذا جعلناه مسئولاً عن نتائجه ولكن من ذا الذي يدور بخلفه

(١) مصطفي بك مرعى بند ٧٢ ، مازان ص ٧٤ ، راليه ص ٤٥ و ١٣ ، الاسكندرية ١٩٣٩/٧/٨ في القضية رقم ٢٢٦ كلى سنة ١٩٣٨ ، والحكم لم ينفذ .

(٢) مصطفي مرعى بند ٧٢ دالوز براتيك ج ١٠ ص ٣٨٧ بند ٥٢٤ و ٥٢٥ ، بلانيول اسمان بند ٥٢٥ ص ٧٢٠ .

(٣) ليون ١٩٠٤/١١/٧ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ .

(٤) دالوز براتيك ج ١٠ ص ٣٨٧ بند ٥٣٩ ، بلانيول اسمان بند ٥٢٥ ، ص مصر ١٩٢١/٤/١٦ مجموعة رسمية سنة ١٩٢٢ رقم ٥٣ ص ٨٤ .

(٥) سيري ١٨٣٥ — ١ — ٤٠٥ ؟؟ ، ورواردل في كتابه عن مسئولية الأطباء ص ٣٢ .

أن يفرض على الأطباء أو على أى مهنة عليّة مثل هذه المسئولية . ففي مثل هذه الحالات ليست العبرة بمعرفة ما إذا كان العلاج مناسباً أو غير مناسب وما إذا كانت العملية ضرورية أو غير ضرورية وما إذا كان هناك تفريط في المخاطرة بإجرائها وما إذا كان استعمال آلة أو وسيلة أخرى كافٍ من شأنه أن يجعل النجاح أقرب ، فتلك مسائل عليّة يناقشها الأطباء ولا يمكن أن تكون محلاً للمسئولية المدنية ولا محل بحث في ساحات القضاء .

ولكن متى كانت الوقائع التى يؤاخذ عليها الطبيب تخرج عن دائرة المسائل التى لازالت بعليةتها محلاً للشك وميداناً للجدل العلمى ومتى اقترنت بإهمال أو عدم اكثراث وجهل بالأصول التى يجب حتماً الإلمام بها فالقاعدة العامة فى المسئولية تأخذ بمجرأها الطبيعى ويفتح اختصاص القضاء بشأنها ومتى ثبتت مخالفة هذه الأصول فهناك خطأ من الطبيب يوجب مسئولية ولا يهم بعد ذلك البحث فى درجة جسامته ؛ إذ القول بقصر مسئولية الطبيب — مع ثبوت خطئه — على دائرة دون أخرى فيه تعصية لمصلحة المريض وإخلال بالثقة المشروعة التى وضعها فى طبيبه .

ويكفيّا تدليلاً على صحة وجهة نظرنا أن نرجع إلى فكرة الخطأ الجسيم فمحصها ونبين مدلولها حتى يظهر لنا ما إذا كانت تعبر عن فكرة قانونية محدودة تصلح لبيان مدى المسئولية الطبية كما زعم أنصار التفرقة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى أم أنها لا تعدو أن تكون فكرة أخلاقية لا يصح أن يتخذ منها معيار فى دائرة المسئولية .

نرى كثيراً من القضاة والمحامين يصفون الخطأ — عندما تنادى بذلك الظروف — بأنه جسيم ولكن هل هم يفعلون أكثر من الاستجابة لدواعى الشعور ، أم هم يستعملون لفظاً له مدلوله القانونى وله قواعده الخاصة به .

لو أننا رجعنا إلى كتب الفقهاء لوجدناها خلواً من تحليل دقيق لفكرة الخطأ الجسيم التى ظلت فكرة غامضة رغم أنها كانت معروفة منذ عهد

الرومان . ولكن إذا كان بعض الفقهاء قد مال إلى إعطاء أهمية خاصة للخطأ الجسيم في دائرة المسئولية العلية فإنه يتحتم ابتداء لتقدير مثل هذا الاتجاه أن نعرف الخطأ الجسيم ونحدد دائرته بالنسبة لكل من الخطأ العادى والخطأ العمدى .

النظرية التقليدية :

كان القانون الفرنسى القديم يقسم الخطأ إلى درجات ثلاث : —

خطأ جسيم وهو الذى لا يقع حتى من الشخص الممهل^(١) وهو فى تكييفه أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به . وخطأ يسير هو الخطأ الذى لا يقع من الشخص العادى . وخطأ ناه هو الخطأ الذى لا يقع من الشخص الحريص الحازم .

ويبدو أن تعريف درجات الخطأ بهذه الطريقة لا يعدو أن يكون استبدالاً لعبارة بلفظ ليست هى أوضح منه دلالة على المعنى المقصود . فليس هناك معيار واضح لتصرف كل من الرجل الممهل والرجل العادى والرجل الحريص بل إن كل واحد من هذه التصرفات فى حاجة إلى التعريف الدقيق^(٢) لذلك لم يكن هناك مناص من أن يبحث أنصار نظرية الخطأ الجسيم عن تعريفات أخرى تكون أكثر تحديداً للفكرة التى ينادون بها .

نظرية جوسران :

يبدأ جوسران باستبعاد الحالات التى لا تعتبر فى نظره من قبل الخطأ الجسيم فيقول إن دائرة الخطأ الجسيم لا تساوى دائرة الغش فالخطأ مهما

(١) قارن بودرى لاكتيتيرى وإلرد ج ١ ص ٣٤٩ هامش ٧ وفى الأخذ بالمعيار التقليدى روتساربه ص ٩٥ وفى عرض النظرية التقليدية قوازينيه ص ٤٤٤٦٣ .

(٢) راجع فى نذ هذا القسم الثلاث وانتقاده هالبورى طبعه ٢ ج ٢٣ بند ٨٢٣ ص ٥٦٩ والمراجع التى يشير إليها .

بلغت جسامة خطئه هو شخص حسن النية لم يتعمد الاضرار بالغير وهو ما يميز الغش أو الخطأ العمدي ^(١).

وليس الخطأ الجسيم هو الخطأ مقدراً بمقياس شخصي إذ القول بذلك يؤدي إلى اعتبار أخطاء المدين الذي اعتاد منتهى اليقظة والحرص من قبيل الخطأ الجسيم حتى إذا كانت هذه الأخطاء تافهة في الواقع ^(٢).

كذلك ليس الخطأ الجسيم هو الخطأ الصادر من أرباب المهن فإن الأخطاء المهنية ذاتها منها التافهة ومنها الجسيم ^(٣).

وأخيراً ليس الخطأ الجسيم هو كل خطأ يكون جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات فهناك أخطاء تافهة يعاقب عليها القانون الجنائي ^(٤).

وينتهي جورسان بعد هذه المقدمات إلى محاولة وضع تعريف للخطأ الجسيم . وهو في ذلك يبدأ بالتعريف الذي اختاره جوستيان وهو أن الخطأ الجسيم هو الذي ينم عن عدم فهم ما يفهمه كل الناس ، ويقول إن هذا التعريف لا يصح الأخذ به حرفياً إذ من شأنه أن يجعل من الخطأ الجسيم وثيقة جهل وحق لمن ارتكبه ، وهي فكرة لا تتفق دائماً مع الواقع فمن الجائز أن يكون الانسان كامل العقل واسع الثقافة ، وفي الوقت نفسه مشتبك البال أو غايه في الاهیال .

فعاير السيل الذي يسير في طريق مزدحم وهو يقرأ صحيفة قد يكون مثقفاً نجيباً ومع ذلك فهو يرتكب خطأ جسيماً . فالذي يميز هذا النوع من الخطأ عن الخطأ العادی هو جسامته ، كما أنه يفترق عن الغش من حيث إنه غير اختیاری .

(١) جورسان في دالوز ١٩٣٣ - ١ - ٥٠ المود الأول الفقرة ٥

(٢) جورسان في دالوز ١٩٣٣ - ١ - ٥٠ المود الأول الفقرة ٦

(٣) جورسان في دالوز ١٩٣٣ - ١ - ٥٠ المود الأول الفقرة ٦

(٤) جورسان في دالوز ١٩٣٣ - ١ - ٥٠ المود الأول الفقرة الأخيرة .

وبعبارة أدق الخطأ الجسم هو الذى يبلغ درجة من الفحش بحيث يدل على عدم أهلية من ارتكبه ويبين منه أنه غير كفء للقيام بالواجب المفروض عليه ^(١) .

وكأنى بك تشعر شعورى بأن المعيار الذى وضعه جوسران لا يقدمنا كثيراً ولا قليلاً فى تحديد فكرة الخطأ الجسم فانه يقرر أن الذى يميز الخطأ الجسم هو الجسامة التى تم عن عدم أهلية المسئول للقيام بالتزاماته ولكنه لم يبين لنا متى تكون جسامة الخطأ دالة على عدم أهلية الشخص المسئول ، ولعل جوسران نفسه شعرباً ينطوى عليه المعيار الذى وضعه من غموض فقال إن القاضى فى تحديد درجة الخطأ يستلهم حتماً ظروف الدعوى وبعض اعتبارات من أهمها : —

أولاً — طبيعة الضرر ومداه فكلما كان الضرر الناشئ عن الخطأ ماساً بمصالح حيوية للإنسان كلما سهل اعتباره خطأً جسيمياً ، وبنوع خاص إذا كان من شأن الضرر المساس بسلامة جسم الإنسان . والضرر وهو فكرة مادية يؤثر على الخطأ وإن كان ينطوى على فكرة معنوية غير ملبوسة ^(٢) .

ثانياً — ويسهل اعتبار الخطأ جسيمياً كلما نشأ عنه إخلال المدين بالتزام علق عليه الدائن أهميه خاصة ، وعلى الأقل إذا كان المدين عالماً بهذا الاعتبار ^(٣) .

ثالثاً — يجب أن يتشدد مع المدين كلما كان تحت تصرفه من الوسائل الفعالة ما يضمن له حسن تنفيذ العقد . فثلاً يجب أن تكون مسئولية أرباب المهن أشد من الشخص العادى وهذا القدر فقط يمكن أن تساهل فى

(١) جوسران المرجع السابق ص ٥٠ المود الثاني .

(٢) جوسران المرجع السابق ص ٥٠ المود الثاني فقرة ٦ .

(٣) جوسران المرجع السابق ص ٥٠ المود الثاني فقرة ٧ .

وصف الخطأ المهني بأنه خطأ جسيم (١) .

وكل هذا ينتهي بنا إلى القول بأن الخطأ يكتب صفة الجسامة بالقدر الذي يتناسب مع الأخطار التي يتعرض لها الدائن والثقة المشروعة التي وضعها في مدینه .

لاشك أن الاعتبار التي بينها جوسران من شأنها أن تبعد الغموض الذي انطوى عليه التعريف الذي قدمه ، ولكن هل يصح الالتجاء لمثل هذه الاعتبار وهل عما يتفق هو والمبادئ السليمة أن نستند إليها .

الواقع أن قياس درجة الخطأ بحسب طبيعة الضرر وأهميته أمر يأباه المنطق السليم إذ أن أضخم الأضرار قد تنشأ عمداً كما تنشأ باهمال جسيم أو يسير ، بل إن الخطأ الواحد قد ينشأ عنه ضرران تتباين أهميتهما فمثلا الشخص الذي يقود سيارته بسرعة فائقة دون أن ينير سبيله قد يهدم حيواناً أو إنساناً ومع ذلك فالخطأ في الحالتين واحد . وليس الاعتبار الثاني الذي يشير إليه جوسران سوى صورة من الحالات التي تزيد فيها أهمية الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ الالتزام ، فهو بدوره لا يجوز الالتجاء إليه في تقدير جسامة الخطأ .

أما الاعتبار الأخير الذي يشير إليه جوسران فليس له شأن في تقدير جسامة الخطأ فإذا صح مثلا أن مسؤولية رب المهنة يجب أن تكون أشد من مسؤولية الرجل العادي (٢) لأنه أوسع منه دراية وأقدر على تنفيذ التزاماته فليس ذلك راجعاً إلى بحث في درجة الخطأ ، فالأخطاء جميعاً متكافئة وأي تقصير من جانب المدين يكفي لشغل مسؤوليته وإنما الذي دعا إلى

(١) جوسران المرجع السابق ص ٥٠ السود الثاني فقرة ٨ .

(٢) وهو قول لا يمكن أن يصدق على إطلاعه كما سبق أن بينا . قانون رسالة فوازنية

الاختلاف في مدى مسئوليتهما هو اختلاف طبيعة الالتزامات الواقعة على عاتق كل منهما ومداها .

نظرية اسماء :

يبدأ اسمان باستبعاد أهمية الضرر في قياس درجة جسامه الخطأ لأن نفس الخطأ قد يحدث دون أن تتغير طبيعته أضراراً متباينة . ثم يعقب على ذلك بأن شدة العقوبة الجنائية لا تصلح بدورها لبيان درجة الخطأ إلا في الأحوال التي توجد فيها مثل هذه العقوبة ، وحتى في هذه الأحوال يبقى أن نعرف متى تكون العقوبة الجنائية كافية لاعتبار الخطأ جسيماً . وأخيراً هو يستبعد الأهمية الاجتماعية للقاعدة التي حصل الإخلال بها لأن الأهمية الاجتماعية للقاعدة إما أن تقاس بالعقاب على خرقها وهو ما يعيدنا إلى الاعتبار السالف وإما أن تقاس بطريقة أخرى ولن نلبث إذ ذاك أن نصل إلى نفس العقوبة التي من أجلها استبعدنا معيار جسامه الضرر إذ من شأنه أن تعتبر جميع الأخطاء التي يترتب عليها ضرر ماس بسلامة جسم الإنسان مثلاً من درجة واحدة . وهو يخلص من هذا بأن المعيار الوحيد الذي يصلح لقياس درجة الخطأ هو معيار أدنى مبني على تقدير الشخص لاحتمال حصول الضرر من مسلكه ، فالشخص الذي يعتمد حصول الضرر أو الذي يتأكد من أن فعلاً معيناً لو وقع منه لأحدث الضرر حتماً ثم يقدم على ارتكابه يعتبر قاصداً نتيجة فعله ويعتبر خطؤه عمدياً أما إذا كان الشخص يتوقع فقط حصول الضرر فيأتي الفعل دون أن يقصد حصوله لخطؤه يعتبر جسيماً . وأخيراً إذا نظر الشخص إلى الضرر على أنه ممكن فقط ففعله لا يعتبر إلا خطأ سيراً . والفرق بين الحالتين الأخيرتين أن الشخص المسئول في الحالة الأولى دون أن يقصد حصول الضرر هو يتقبل وقوعه . أما في الحالة الثانية فهو لا يتقبل نتيجة فعله بل قد يتمنى عدم حصول الضرر ، فدرجة الخطأ تنحصر إذن في درجة احتمال حصول الضرر من الفعل ودرجة توقع ذلك

من المسئول فكلما اقترب احتمال حصول الضرر من اليقين زادت جسامته الخطأ وكلما زاد الشك في احتمال حصول الضرر قلت درجة الخطأ^(١).

لاشك أن هذه النظرية خلاصة بمظهرها وبما تثيره من بحث في نفسية الشخص المسئول وبما تبرزه من توازن بين درجة توقع حصول الضرر ودرجة الخطأ ولكن هذا المظهر الخلاب لم نصل إليه في الواقع إلا على حساب الحقيقة . فان منطق النظرية ينتهي بنا حتماً إلى القول بأن الشخص إذا لم يكن يتوقع مطلقاً أن الفعل الذي يحدثه ينشأ عنه الضرر وكان في ذلك شأنه شأن الرجل الحريص اليقظ فلا ينسب إليه خطأ ولو وقع الضرر من فعله .

ولو صح هذا القول لما كان ثمة معنى لنص القانون الذي يلزم الشخص بالتعويض عن الأضرار غير المتوقعة في بعض الأحوال إذ كيف يكون الشخص مسئولاً عنها مع أن الفرض أن ركن الخطأ غير متوافر بالنسبة له وهو ما بنى المسئولية أصلاً وعدم وجودها . والواقع أن ربط فكرة الخطأ بفكرة الضرر في ذاته متناقض فكل منهما ركن مستقل في المسئولية ولا يصح أن ينظر إلى أحدهما بمنظار الركن الآخر^(٢) .

نظرية فوازينيه :

يبدأ فوازينيه بتحديد مركز فكرة الخطأ الجسيم بين الأفكار الأخرى

(١) إسمان في سيري ١٩٣٣ - ١ - ٢٩٠ § ٢ ، إسمان في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧ ؟؟ بند ٤ ، ديفلو س ٧٩ ؟؟ ، ودج فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٠٠ و ٤٠١ وفي محاضراته غير المطبوعة التي ألفت في قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ في المسئولية المهنية ، يلايول إسمان بند ٥٤٠ .

(٢) راجع ملزو بند ١٤٢٦ . وهو يبين أن التوقع ليس شرطاً ضرورياً لتوفر الخطأ . وراجع بهجت بموى في أصول الالتزامات بند ٣٠٦ ؟؟ في وجوب عدم الخلط بين أركان السولية .

التي تقترب منها أو تتشابه بها . فيقول إنه لا يجوز الخلط بين الخطأ الجسمي والخطأ المربح . لأن الخطأ لا يصير جسماً بمجرد أن فاعله قد جنى فائدة من ارتكابه ^(١) ولا بين الخطأ الجسمي والخطأ الممنى لأن الخطأ الممنى ليس جسماً حتماً بل هو على درجات متفاوتة ^(٢) ثم هو يفرق بين الخطأ الجسمي والخطأ الجنائي ^(٣) ويقرر أن الخطأ الشخصي الصادر من الموظف ليس هو الخطأ الجسمي بل إن جسامته الخطأ لا تصلح أساساً للفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي ^(٤) وهو يحدد الرابطة بين فكرة الخطأ الجسمي والخطأ غير المكتفر في قانون حوادث العمل ^(٥) وينكر ما ذهب إليه البعض من أن الخطأ الجسمي هو الخطأ مقدراً بمعياري شخصي إذ أن ذلك معناه — لو أن المسئول كان بمن اعتاد مستوى مرتفعاً من اليقظة والحرص أن يعتبر من قبيل الخطأ الجسمي أخطاء تافهة في الواقع ^(٦) وأخيراً هو يستبعد تشبيه الخطأ الجسمي بالمدكيد عام وإن أجاز للقاضي أن يتخذ من جسامته الخطأ قرينة على الغش ^(٧) .

وبعد هذه المقدمات ينتقل فوازييه إلى تحليل فكرة الخطأ الجسمي ليفرق بينه وبين الخطأ اليسير وهو يتبع في ذلك طريقة استقرائية جعل عماده فيها الرجوع إلى أحكام المحاكم لاستخلاص العناصر التي تؤثر في تقدير جسامته الخطأ . والعناصر التي استخلصها فوازييه هي : —

-
- | | | |
|-----|----------------------|-------|
| (١) | فوازييه الخطأ الجسمي | م ٣٥٧ |
| (٢) | المربح السابق | م ٣٦١ |
| (٣) | | م ٣٧٣ |
| (٤) | | م ٣٧٩ |
| (٥) | | م ٣٨٧ |
| (٦) | | م ٤٠٢ |
| (٧) | | م ٤٠٥ |

أورد — درجة احتمال حصول الضرر من الفعل ^(١) : فالخطأ الجسيم هو ما كان على الفرد أن يتوقع الأضرار الناشئة عنه . ويشير فوازيفيه إلى أن هذه الفكرة تأخذ أوضاعاً مختلفة لأن القدرة على توقع الضرر قد ينظر إليها من جانب المستول وقد ينظر إليها من جانب المجنى عليه وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض ^(٢) اعتبار رب العمل مخطئاً خطأ غير مقتفر بتركه السلم من غير درابزين . لاشك أن ترك السلم هكذا ينطوى على رعونة من جانبه ولسكن حالة السلم هذه من شأنها أن تنبه العمال إلى الأخطار التي يتعرضون لها وهو ما يخفف من خطأ رب العمل .

ونفس الفكرة قد تطبق بشكل آخر فالخطأ قد يعتبر تافهاً إذا صدر من الشخص لأول مرة فإن تكرر حصوله منه عد خطأ جسيماً ^(٣) . مثلاً لو أن عدة سرقات حصلت أثناء النقل وتكرر حدوث ذلك أكثر من مرة فإن إهمال متولى النقل ، الذي قد يكون في ذاته خطأ تافهاً ، يصبح خطأ جسيماً إذ كان عليه أن يفهم ما يفهمه كل الناس من احتمال استمرار السرقة فيضاعف من عنايته في حراسة البضائع المنقولة .

ثانياً — تزداد جسامه الخطأ كلما كان من ارتكبه أقدر بالنظر إلى مؤهلاته الشخصية والوسائل التي يستعملها على تلافي حدوثه ^(٤) .

فتلاً الإهمال الذي لا يوصف بأنه من قبيل الخطأ إذا صدر من أحد الأفراد قد يعتبر خطأ جسيماً إن ارتكبه وكالة ، وجسامه الخطأ هنا لا ترجع إلى اختلاف في طبيعته بل إلى اختلاف وسائل المدين في تنفيذ التزاماته .

(١) فوازيفيه المرجع السابق ص ٤٣٢ ؟؟ .

(٢) قاض عرائش • مايو سنة ١٩٣٢ مذكور في فوازيفيه المرجع السابق ص ٤٣٤ .

(٣) فوازيفيه المرجع السابق ص ٤٣٤ ، روان ١٣ مايو سنة ١٨٤٦ ، باريس ٢٩

يونيه سنة ١٨٤٦ سيري ١٨٤٧ — ٢ — ٣٥٨ .

(٤) فوازيفيه المرجع السابق ص ٤٣٧ في الآخر ؟؟ . ويشير فوازيفيه إلى أن المحاكم استوحت هذه الفكرة في وصفها الخطأ المبنى بأنه خطأ جسيم .

ثالثاً — يسهل اعتبار الخطأ جسيمياً كلما نشأ عنه إخلال بالتزام علق عليه الدائن أهمية خاصة (١).

ويزعم فوزينيه أن هذه الفكرة من شأنها أن تصحح خطأ شائعاً كادت أن تغمر معه الحقيقة . ذلك أنه قيل إن القانون المدني قد قضى على نظرية تدرج الخطأ وأجاز فقط التدرج في مدى الالتزامات التي تفرض على المدين . ولكن كيف تغفل الرابطة بين جسامه الخطأ ومدى الالتزام الواقع على عاتق المدين .

الواقع أنه لتحديد درجة الخطأ يجب أن نحدد ابتداء مدى التزام المدين وهو ما يوجب الرجوع إلى إرادة الدائن ومدى العناية التي يتطلبها من مدينه . وهكذا فكلما زادت العناية المطلوبة من المدين سهل اعتبار أي خطأ منه من قبيل الخطأ الجسيم (٢).

فاذا صدر شخص بضاعة وتطلب سرعة خاصة في توصيلها فان تأخير متولى النقل — وهو ما كان يصح اعتباره خطأ عادياً — يعتبر خطأً جسيمياً طبقاً لاتفاقية برن .

رابعاً — يوجد خطأ جسيم كلما انتهز المدين فرصة إعفائه من المسؤولية لوجود شرط بذلك أو لأن مسؤوليته مؤمن عليها فقصر عن العناية التي اعتاد بذلها (٣).

(١) فوزينيه المرجع السابق ص ٤٤٠ .

(٢) ويقرر فوزينيه أن هذه الفكرة هي التي تفسر اختلاف مسؤولية رب الهبة عن مسؤولية الرجل العادي فليحى أن يطلب من رب الهبة أكثر مما يطلب من الرجل العادي . المرجع السابق ص ٤٤١ .

(٣) فوزينيه المرجع السابق ص ٤٤٧ ، ليون ١٨٦٣/٦/٢٣ سيري ١٨٦٣ — ٢ — ٢٣١ — روان ١٨٨٧/٣/٤ سيري ١٨٨٧ — ٢ — ١٠٩ ، لايه في سيري ١٨٨٧ — ١ — ٣٧٠ — Cheve-Grin في سيري ١٩٢٤ — ٢ — ٩٨ ، روتسأرت Ratson في ٨٧ .

ويرفض فوائضه نفسه هذا المعيار لأن شرط الإعفاء من المسؤولية والتأمين لا يغيران من التزامات المدين وإنما يؤثران في نتائج عدم التنفيذ فإذا أحل المدين نفسه من بذل العناية المطلوبة منه كان غاشاً .

مخاصاً — يتأثر القاضى أحياناً في تقديره لجسامة الخطأ بطبيعة الضرر ومداه (١) .

سادساً — تفرق المحاكم أحياناً بين درجات الخطأ بحسب صفة الشخص المسئول أو الزمان والظروف التي أحاطت بالحادث (٢) .

فكل من يقوم بوظيفة ذات نفع اجتماعى يجب أن تخفف عن عاتقه المسؤولية حتى لا يشل نشاطه فتضار المصلحة العامة وهذه الفكرة تبرر قصر مسؤولية القضاة على حالة الغش والخطأ الجسيم . وجسامة الخطأ تختلف باختلاف المصور ففي سنة ١٩١٣ كان مجرد الإقدام على إجراء عملية تهويل يعتبر من قبيل الخطأ أما الآن فلشغل مسؤولية الجراح لا بد من إثبات خطئه (٣) .

وأخيراً تتأثر درجة الخطأ بالظروف التي حصل فيها فاما يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم في ظروف عادية قد لا يعتبر الا خطأ تافهاً إذا أحاطت بالشخص ظروف اقتضت منه سرعة لم يستطع معها أن يرعى الحيلة المعتادة .

سابعاً — قد يتساهل القاضى في تقدير الخطأ إذا كان الالتزام بالجمان . فالالتزام يجب أن يتناسب مع النعم والخطأ يجب أن يتناسب مع مدى الالتزام (٤) .

(١) فوائضه للرجع السابق ص ٤٤٨ .

(٢) فوائضه للرجع السابق ص ٤٥١ .

(٣) ولتاود لدراسة هذه المسألة بالتفصيل .

(٤) فوائضه للرجع السابق ص ٤٥٥ .

ثامناً — قد يكون الخطأ في ذاته تافهاً ولكنه إذا اقترن بأخطاء أخرى يصبح جسيماً . مثلاً إذا ترك شخص كيساً به جواهر ثمينة في إحدى عربات السكة الحديد فسرقة كان محطاً ولكن خطأه يصبح جسيماً إذا كان الكيس من الصخر بحيث كان من السهل على المسافر حمله ألقاه ذهب^(١).

هذه بوجه عام العناصر التي استخلصها فوازييه من القضاء والتي رأى أن المحاكم اعتمدت عليها في تقدير جسامه الخطأ وهو إذ ينتهي من عرضها يشرع في إعطاء تعريف للخطأ الجسم مقررأ منذ البداية أن أحكام المحاكم تم عن تطبيق مزدوج لفكرة الخطأ الجسم ، فهي تارة تستعمل هذا اللفظ بالمعنى المعروف في عهد الرومان وتارة تستعمله في معنى جديد سماه الخطأ الواضح^(٢).

الخطأ الجسم بالمعنى الروماني :

الخطأ الجسم في عرف الرومان هو الإخلال الفاحش بواجب قانوني ويقول أوليان إن الخطأ الجسم هو القصور عن عناية أقل الناس كفاية وعدم توقع ما يتوقعه السكافة^(٣).

الخطأ الجسم بالمعنى الحديث أو الخطأ الواضح^(٤) :

يقول فوازييه إن الضرورات العملية أوجدت إلى جانب الخطأ اليسير والخطأ الجسم بالمعنى الروماني درجة جديدة من الخطأ هي ما يرى تسميته بالخطأ الواضح .

(١) فوازييه المرجع السابق ص ٤٥٧ ، باريس ٢٤ أغسطس ١٨٥٠ سيري ١٨٥١ — ٢ — ٦٤٥ ، باريس ٢٧ يناير ١٨٨١ مذكور في هامش ١٢ ص ١١ فوازييه ، بر ١٩٢٥/٦/٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ — ٦١٧ ، دويه ١٩٢٥/١١/٣٠ دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٢١ وتطبيق Ricol .

(٢) فوازييه المرجع السابق ص ٤٦٣ الفقرة الثانية .

(٣) ص ٤٦٣ ؟ ؟

(٤) ص ٤٦٧ ؟ ؟

ولكن الخطأ الجسم ليس فكرة بل وسيلة ، وسيلة للتقدم ولتحقيق العدالة ومعياراً لعقوبة الشعب ، وهو في جميع صورته وسيلة قضائية للتخفيف من المسؤولية .

الخطأ الجسم وسيلة التقدم ، فالملب فن لاغنى للجتمع عنه ، لابد من تشجيعه والعمل على تقدمه ، فالقاضي عندما يضيق من حدود الخطأ الموجب لمسئولية الأطباء يضع نصب عينيه عدم إرهابهم بمسئولية تكاد تكون محتومة ، مسئولية قد تشمل من نشاطهم وتحد من روح الابتكار عندهم بما في ذلك من عرقلة لتقدم المهنة الطبية . فالخطأ الجسم في هذه الحالة ليس بذاته الخطأ اليسير كما ادعى بعض رجال الفقه ولا هو بالخطأ الجسم بالمعنى التقليدي ولكنه الخطأ الذي يوجه التقدم .

وفكرة التقدم تدعمها وتزكيها فكرة تحقيق العدالة وتبرز هذه الفكرة بذور خاص في تقدير مسئولية المدين بحسب جسامته خطئه . فالخطأ الجسم هو بارومتر يسجل مستوى التفكير الشعبي وكيفية فهم الناس لمعنى العدالة . ففي سنة ١٨٠٤ نقل الينا القانون المدني عقوبة الشعب في ذلك العصر ، فكان الهدف معاملة الفرد كما لو كان وحيداً ، وتبسيط الأحكام إلى أقصى حد . وقد اقتضاهم ذلك وضع قواعد مجردة ، إذ ليست هناك مسئولية نصفية ولا أخطاء متعددة ، بل هناك خطأ وهناك قوة قاهرة ومتى توافر الخطأ والضرر وجب التعويض والتعويض الكامل .

أما الآن فالقواعد المجردة غير مقبولة بل يجب أن ترضى الحقائق فينب . الرجل المسئول مسئولية كاملة وغير المسئول هناك أحوال وسطي يسأل فيها الفرد ولكن في حدود خاصة ، فحل محل التعويض الكامل نظام التعويض المتدرج ولم يعد الخطأ فكرة بعيدة عن القوة القاهرة ، بل إن دأرتهما أصبحتا متداخلتين ثم إن التفرقة بين الضرر المباشر وغير المباشر اتخذ منها وسيلة لجمع التعويض مناسباً لدرجة الخطأ ، ففردية العقاب في القانون

الجنائي أصبحت تقابلها فردية المسؤولية في القانون المدني ،

فإلى جانب قواعد القانون المدني نشأت في ساحات المحاكم قواعد من شأنها أن تبرز فكرة الخطأ الجسيم وتثبت أركانها بين قواعد المسؤولية .

والذي تلاحظه ابتداء أن فوازييه لم يستطع طوال رسالته القيمة أن يعطينا تعريفاً واضحاً لفكرة الخطأ الجسيم ، بل اقتصر على استقراء الأحكام واستخلاص العناصر التي اعتمدت عليها المحاكم في تقدير جسامه الخطأ فلما انتقل إلى محاولة إعطاء تعريف للخطأ الجسيم اكتفى بأن قرر بأنه حقيقة يمكن إدراكها وتأكيدا أكثر مما يستطيع تعريفها ^(١) .

أما المعايير التي استخلصها ففضلا عن أن أيا منها لا يصلح وحده لتحديد فكرة الخطأ الجسيم كما أقر بذلك فوازييه نفسه ^(٢) فإنها جميعاً عرضة للنقد ولا تصلح في نظرنا أساساً للفرقة بين درجات مختلفة من الخطأ . فإذا طرحنا جانباً المعيار الرابع الذي رفضه فوازييه نفسه وبقيت المعايير التي قدمها جوسران وإسمان والتي أبنأ فيها سبق أوجه النقد فيها ، فإننا نرى أن قياس درجة الخطأ بحسب الأهمية التي علقها الدائن على تنفيذ الالتزام أمر معيب من الناحية المنطقية ، إذ كيف يعلق الحكم على سلوك المدين على أمر متعلق بقصد الدائن . وحتى إذا افترضنا أن قصد الدائن كان محل اعتبار عند التعاقد فإنه يبقى أن هذا المعيار مبني على الخلط بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ . نعم إن الالتزام قد يختلف مدها ولكن هذا لا يقتضي حتماً تفاوتاً في قياس درجة الخطأ .

والمعيار السابع بدوره مبني على الخلط بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ فمن يلتزم بالجهان قد لا يقصد نفس مستوى العناية التي يقصدها لو كان يتقاضى أجرأ على التزامه ، ولكن متى تعدد مستوى العناية التي يطالب بها فإن أي

(١) فوازييه المرجع السابق ص ٤٦٢ في الآخر .

(٢) فوازييه المرجع السابق ص ٤٥٨ في الآخر وص ٤٥٩ .

تصور عن هذه العناية يعتبر من قبل الخطأ ولا يهتم البحث في مدى التزامه إلا من حيث معرفة الوقت الذي يعتبر فيه سلوكه منطوياً على ركن الخطأ .

أما المعيار السادس فليس في الواقع معياراً لقياس جسامه الخطأ ، بل ظرفاً يوجب التفاوت في مدى المسؤولية الواقعة على عاتق من تسبب في حصول الضرر للغير .

وأخيراً فإن القول بأن الخطأ التافه يصبح جسماً إذا اقترن بأخطاء أخرى قول عجيب حقاً إذ لا يفهم منطقاً كيف أن درجة الخطأ تتغير باقترانه بأخطاء أخرى . وفضلاً عن ذلك فإن الأخذ بهذا المعيار وحده معناه أن الخطأ لا يمكن أن يكون جسماً لذاته ولأمر راجع إلى كنهه بل لا اعتبار خارجي هو . أن سلوك المدين ينطوي على سلسلة من الأخطاء تكون في مجموعها مارقاً للمعيار أن تسميه الخطأ الجسيم .

والآن وقد تبين لنا أن جميع الجهود التي بذلت في سبيل تحديد فكرة الخطأ الجسيم لم تصل بنا إلى العناية المنشودة لا يسعنا إلا أن نؤيد لايه (١) فيما قرره من أن فكرة الخطأ الجسيم هي فكرة شاردة لا تقبل أي تعريف بل إننا نذهب مع تالير (٢) إلى القول بوجود استبعادها أصلاً من دائرة

(١) لايه في سبى ١٨٧٦ - ١ - ٣٣٧ . ويقول الستشار باينيه Babinet في تهرير قدمه إلى محكمة النقض إن عبارة الخطأ الجسيم لا تبر عن فكرة واضحة وهو ما يفسر اختلاف وجهات النظر في تقدير نظرية تدرج الخطأ (عرائض ١٨ أبريل سنة ١٨٨٢ ، سبى ١٨٨٢ - ١ - ٢٤٥) . راجع أيضاً في بيان ما ينطوي عليه فكرة الخطأ الجسيم من غموض Robis في رسالته : De La responsabilité notamment au point de vue de la clause de non garantie et du fardeau de la preuve, thèse, Paris 1887. p. 155.

وربير — القاعدة الخلفية ص ٢٨٦ .

(٢) تالير نشرة القانون التجاري ج ١ ص ٢٥٦ الفقرة الأخيرة من الصفحة . راجع نفس الرأي في Boutaud — Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes, p. 14.

البحث القانوني . ففكرة تدرج الخطأ هي فكرة أخلاقية بحثة . أما من حيث القانون فالخطأ لا يختلف درجاته ^(١) وإنما الذي يختلف هو مدى الالتزامات التي تقع على عاتق المدين ، وإن كل إخلال بتنفيذ الالتزام يعد من قبيل الخطأ مهما كان التقصير تافهاً إذ الوفاء الناقص لا يعد وفاء بصرف النظر عن مقدار النقص .

وتزداد وجهة نظرنا وضوحاً إن نحن رجعنا إلى فكرة تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة . ففي النوع الأول يعتبر المدين مخطئاً طالما أنه لم يصل بالتزامه إلى النتيجة المنشودة وليس على القاضي أن يبحث في سلوكه ، فالبحث في تدرج الخطأ أمر تأباه طبيعة الالتزام الواقع على عاتق المدين ^(٢) .

وكذلك الحال في الالتزامات بوسيلة نظرية تدرج الخطأ فيها مرفوضة أيضاً . نعم قيل إن الفقرة الأخيرة من المادة ١١٣٧ أقرت هذه النظرية ، ولكن الفقه الحديث ^(٣) يرى أن هذه المادة خاصة بتحديد مدى التزامات المدين لا درجة الخطأ الموجبة لمسئوليته . فتي تحدد أن المدين عليه أن يبذل عناية رب الأسرة مثلاً فإنه لا يعتبر مخطئاً إلا إذا هو لم يبذل هذه العناية ولا يتصور

(١) مازوج ١ بند ٤٢٦ و ٦٨١ ٤٤ ، سامو ٨٥ ، Bru المسؤولية المدنية للأطباء .
س ٢٥ ، بلانيول ج ٢ بند ٨٨٤ وفي دالوز ١٨٩٦ — ٢ — ٤٥٧ ، جرانغولان
س ٤٩ ٤٤ « Nature delictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles » ، لاروسبيير ١١٣٧ بند ١٥ ، كولان وكايتان ج ٢
س ٨ ، تيير س ٥٧ من رسالته « Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité » .

لارن جورسان دالوز الأسبوعي س ٢٩ ٤٤ . ولارن أيضاً للواد ٢٣٧ و ٢٨٨ و ٢٩٥ و ٢٩٩ و ٣٠٣ و ٣٠٩ من مشروع تطبيق القانون المدني إشارة إلى فكرة الخطأ الجسيم ولم تعرض المذكرة الإيضاحية لتعديد هذه الفكرة .

(٢) مازو بند ٦٨١ .

(٣) مازو بند ٦٨٥ .

لارن غوازنيه س ٤٤١ و ٤٨٠ وهو يقرر أن هناك رابطة وثيقة بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ .

تدرج في الخطأ المنسوب اليه، إذ أن قصوره يمكن تحليله على أنه عدم وفاء بالالتزام الواقع على عاتقه .

ولكن متى تبين أن نظرية تدرج الخطأ في ذاتها مرفوضة وأن فكرة الخطأ الجسيم غير ملموسة بل غير مقبولة فإنه يصير من غير المستأخ أن يحمل منها مناط المسؤولية الطبية ولو كان ذلك في دائرة الخطأ المهني فحسب .

وهنا تعرض مشكلة لا يصح التناقل عنها ؛ ذلك أن عقد العلاج قد يكون بأجر كما قد يكون بالجان^(١) ، فهل تكون المسؤولية واحدة في الحالتين .

كان القانون الفرنسي القديم يفرق بين ثلاثة أنواع من العقود^(٢) : عقود لمصلحة المدين وحده كالعارية ، وفيها يسأل المدين حتى عن قصوره التافه ، وعقود لمصلحة الدائن وحده كالوديعة ، وفيها لا يسأل المدين إلا عن قصوره الجسيم ، وعقود لمصلحة الطرفين وفيها يسأل المدين عن قصوره اليسير .

ولو أننا طبقنا هذا التقسيم على عقد العلاج الجانبي لقلنا إن الطبيب لا يسأل فيه إلا عن قصوره الجسيم . ولكن هذا التقسيم في القانون الفرنسي القديم كان موضع قد شديد ، حتى أن الشارع الفرنسي في قانون نابليون لم يأخذ به^(٣) . نعم إن المادة ١١٣٧ ، بعد أن أخذت بمقياس رب الأسرة سواء أكان المقد لمصلحة أحد الطرفين أو كليهما ، عادت في فقرتها الثانية قضت بأن الالتزام قد يختلف باختلاف العقود ؛ ولكن ليس في ذلك عود لنظرية تدرج الخطأ . فالتقه الحديث

(١) مهن ١٨ / ١ / ١٩٣٨ ، جازيت باليه ١٩٣٨ - ١ - ٣١٤ . وراجع مسبق أن قلناه في وجود رابطة عقدية في حالة العلاج بالجان .

(٢) ملزو بند ٦٨٢ - كولان وكايتان ج ٢ بند ٧٦ - حمت أبو سليت ، نظرية الالتزام بند ٢٦٢ .

(٣) بلايول ج ٢ بند ٢٣٧ - ملزو بند ٦٨٢ - حمت أبو سليت في هس الوضع - جوران ج ٢ بند ٦١٢ .

فرون فوازيفيه ص ٤٤١ ٤٧٩٠ .

قد أظهر أن هذه المادة خاصة بتحديد محتويات الالتزام القدي لأحمد درجة الخطأ المطلوبة لشغل المسؤولية^(١).

وإذا كان من اللازم أن تفرق بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ وأن تقر بأن هذه الأخيرة واحدة في جوهرها ، فإن القول بقصر مسؤولية الطبيب للتبرع بالعلاج على حالة الخطأ الجسيم ، يكون قولاً لا معنى له . ولكن ذلك لا يقتضينا أن نقول إن مسؤولية الطبيب واحدة سواء أكان متبرعاً بالعلاج أم مأجوراً عليه ، فلقد أبنا أنه يجب التفرقة بين مدى الالتزام ودرجة الخطأ ، وأنه إذا كانت درجة الخطأ في جميع الأحوال واحدة ، فإن مدى الالتزام يتأثر حتماً بما تتجه إليه الإرادة المشتركة ولا يمكن في حالة عقد العلاج بالجان أن تخفف المسؤولية استناداً إلى أن الإرادة المشتركة قد انجذبت إلى الحد من مستوى العناية التي يلزم الطبيب ببذلها .

ولو أن المسألة مرجعها الى القواعد العامة لاستطعنا أن نجارى سافاتييه^(٢) فيما ذهب اليه من أن من يقدم خدمة مجانية لا يقصد أن يلتزم بنفس مستوى النية التي كان يبذلها لو كان يتقاضى أجراً على عمله . ومن جهة أخرى ، مفهوم أن الشخص الذي يتقبل هذه الخدمة المجانية لا يدور بخله أنه يتطلب من العناية في بذل هذه الخدمة ما كان يتطلبه لو كان يدفع ثمنها عنها . فمن الطبعي أن تفسيرا دقيقا للارادة المشتركة ينتهى بنا الى اعتبار مسؤولية المتبرع أخف من مسؤولية الشخص المأجور^(٣) . ولكن هنا أيضا تبرز الناحية المهنية في مسؤولية الطبيب ؛ ذلك أن التزامه لا يرجع في

(١) مازو بند ٦٨٥ - ودیع فرج ، اخلاقات الاعفاء من المسؤولية (محاضراته غیریہ الطبوعه فی قسم الذکوتواء سنه ١٩٤١) - جرائونان المرجع السابق ص ٥٠ - بلا نیول فی دالوز ١٨٩٦ - ٢ - ٤٥٧ ؛ کولان وکایچان ج ٢ ص ٨ - تیسیر المرجع السابق ص ٥٢ - جوسران ج ٢ بند ٢٩٨ .

(۲) سافاتیہ بند ۱۲۳، ۱۲۴۔

(٣) يقول إسمان (في سبيل ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩) ، إن فكرة التبرع بالحمية لا بد أن يعالجهها تخفيف في التولية ، وهو مبدأ إن كان القانون قد طبقه في الباترة النقدية فهو في الواقع مبدأ عام شامل لجميع أحوال التولية .

راجع أيضاً فوزيته المرجع السابق ص ١١١ ، وطرن فيما يتعلق بمسئولية الناقل بالبحان ،
إسبان في سيرة ١٩٢٦ - ١ - ٢٤٩ ، وفي بلايول ج ٦ ص ٨٤٩ ، وفي ، سيرة ١٩٣٣ -
١ - ٢٨٩ عمودان نقرة أخيرة . مصطف مرعي بنده ١٩٦٨ - ١ - ٢٨٩ عمودان نقرة أخيرة . ١٩٢٦ - ٢ - ١٢١ .

تحميدها الى الارادة للشركة بل الى القواعد الهئية ، يستوى في ذلك أن يكون الطبيب مأجوراً أو متبرعاً أو مجاملاً^(١) .

فم ان الارادة للشركة لها بعض الاثر — على نحو ما رأينا في تحديد مستوى العناية التي تجب على الطبيب في القيام بهذه الالتزامات ولكن هذا الاثر محدود . براعة بعض عوامل لها صلة وثقى بعمله الطبيب وكفايته في مهته ، وعلى ذلك فليس من حق المريض أن يتقبل من الطبيب عناية دون التي اعتاد بها ، إذ الواجب على الطبيب أن يبذل كل ما في طاقته قصد الوصول بالعلاج الى خير النتائج^(٢) .

والقول بما قاله بعض الفقهاء بالنسبة لنقل المجاني^(٣) ، من أنه اذا كانت التزامات الطبيب واحدة في جميع الأحوال ، فإنه من العدل أن تقتض أن المريض بقبوله العلاج يكون قد قبل تبعه الاخطار التي تلازم التطبيب والتي تترتب على الخطأ التالف من الطبيب — هذا القول معناه قانوناً أن المريض قد قبل مقدماً اعفاء الطبيب من المسؤولية عن خطئه ، وهذا القول المسند للمريض مغتلق عليه لأنه لا يمكن أن يقصد

(١) راجع في بحث أعمال المجاملة : Perreau, Courtoisie, complaisance et usages: Revue trimestrielle 1914, p. 481.

(٢) وهذا هو حكم القانون الانجليزي Hulsebury's Laws of England, vol. 23, p. 586 حيث جاء ما يأتي : " Where a person skilled in a particular matter gratuitously undertakes to do something involving the exercise of skill, he must do it to the best of his skill, which must be such reasonably be expected to possess. "

(٣) Lefevre : De la responsabilité civile en cas de transport gratuit. Thèse 1927, p. 106. Chatillon : Le transport gratuit des personnes en automobile Thèse P. 47. Vié : De la responsabilité du transporteur bénévole. Thèse. p. 206.

Demogue : Revue Trimestrielle 1926, p. 1042, Revue Trimestrielle 1933 p. 82. Esmein : S. 1929—1—149 in fine

تبر ١٩٢٠/١/١٠ : دالوز الاسبوعى ١٩٢٠ — ٢٠٤ ؛ باريس ١٩٢٠/٥/٩ : دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٢١ ؛ عماتش ١٩٢٨/٦/٩ : دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ ؛ دوه ٣٠ ١٩٢٦/١١ : دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٤١

بمجرد قبول الفلاح أن يجعل من خطه في مسألة الطبيب عن خطه، ولا يمكن أن يفرض أنه قبل تعرض حياته لخطر اإهمال الطبيب لجرده أنه أنفذه من دفع الأجرة وفضلا عن ذلك، بأن هذا القول نفسه، على فرض التسليم به، لا يقره القانون ولا يلتزم به المريض، لأن الاخطأ الطبية في مجموعها تمنح سلامة الأشخاص أو اعتبارهم، الأمر الذي لا يضح أن يكون محلا للتعهد^(١).

ويتضح مما تقدم، أن التزامات الطبيب واحدة سواء أكان عقد العلاج بأجر أم بغير أجر، ومسئوليته واحدة في الحالتين^(٢).

من كل ما تقدم يبين أن المسؤولية الطبية لا تختلف عن المسؤولية المدنية من حيث جرح الخطأ المتطلب لقيامها، وإنما تختلف عنها بسبب طبيعة التزامات الطبيب ومداها^(٣). ومع أننا سنتكلم في طبيعة الالتزامات الطبية ومداها في القسم الثاني من الرسالة، إلا أنه يكفينا الآن أن نلاحظ أن هذه الالتزامات تتحدد بحالة العلم والقواعد المعترف بها في الفن الطبي؛ ولما كانت العلوم الطبية والفن الطبي في تغير مستمر نتيجة كل تقدم على وفقه، ولما كان الكثير من نواحي تلك العلوم والفنون لا يزال يحيطه الغموض ويشار من حوله الجدل، ولما كان أفراد المهنة الواحدة غير مطالبين بأن يعرفوا عنها أو يتقنوا منها إلا بقدر ما يعرف أو

(١) راجع في اعتماد الفكرة بالنسبة لعدم النقل المجاني، جوسران دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٢١، جوسران دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧، زيبير، دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٥، جيني في سيري ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣، بلانيول وإلسان ج ٦ بند ٢٢٢ هامش ٤؛ قض ٣ يناير ١٩٣٣، دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ - ١١٣؛ قض ٢١ مارس ١٩٣٣، دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ - ٣٠١١.

(٢) فإن حكم استئناف أكس ١٠ / ٢٢ / ١٩٠٦، والمحكم الابتدائي من محكمة بيس للدينية في ٢٣ / ٦ / ١٩٠٥ (دالوز ١٩٠٧ - ٢ - ٤١) إذ قررا أن تبرع الطبيب يخلل خصماته من شأنه أن يخفف من مدى مسؤوليته. وبصف ملزو (بند ٥١٢) حكم محكمة لاكس بأنه خروج أكيد على القواعد القانونية.

(٣) ودج فرج، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٠٥.

يضمن نظرياتهم في تلك البنية، لذلك وجب على التمسك بأن يرعى لكل هذه الاعتبارات قبل أي استدراك خطأ الطبيب^(١).

ولاشك أن هذا الاعتبار يخفف من مسؤولية الأطباء وهو ما قد يثير الدهشة في عهد تسير المسؤولية فيه نحو توفير أكبر ضمان يمكن للمرضى للوصول إلى التوصل . ولئن كان هذا الاتجاه قد اقترب باتساع في نطاق نظرية تحمل البعثة التي تتجاوز عن البحث في سلوك التسول ، وما انطوي عليه من روعة أو تعبير ، فكيف يمكن التوفيق بينه وبين حال المسؤولية الطبية وما بنيت عليه من تضيق في فهم معنى الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب .

ولكن شيئاً من النظر الدقيق يبين ألا تناقض بين الاتجاهين ، فالمسؤولية منذ نصف قرن ما فتئت تتذبذب بين قطبين أحدهما مادي ، مبنى على فكرة تحمل البعثة والآخر شخصي مرجعه إلى فكرة الخطأ . على أن اتساع نطاق المسؤولية المادية لم يحصل كما قد يظن لأول وهلة على حساب فكرة الشخصية القديمة التي اتسع نطاقها هي الأخرى بما أصبح لنظرية إساءة استعمال الحق من أهمية في التطبيق القانوني^(٢) . إنما الحقيقة للمعوسة التي ستظل عنواناً لانجسار المسؤولية هي أن صفحة جديدة افتتحت بظهور المسؤولية الفنية^(٣) ؛ أو بتعبير أدق للمسؤوليات الفنية التي دفعت بقواعد المسؤولية عموماً في اتجاهات مختلفة بل ومتباينة . فتارة هي تنادي بالأخذ بنظرية النجاسة لحماية الجمهور من نشاط خطير تعود الفائلة الأولى منه على أرباب المهنة ، وتارة هي تنادي بالأخذ بنظرية الخطأ محورة بالطريقة التي تلائم طبيعة الالتزامات الخاصة المفروضة على أرباب المهنة والتي تحقق التوازن بين المصالح المختلفة للوصول إلى العدالة الواجبة والانجاس المنشود طبقاً للعدالة التي أرادها الله للإنسانية .

(١) في هذا الصدد انظر : "مسؤولية الطبيب" ، د. محمد عبد الحليم ، مطبعة دار الفكر ، بيروت ، ١٩٦٤ ، ص ١٠٠ .

(٢) (١) فوج فرج ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٤ ، ص ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٤ ، ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١٠٩ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ ، ١٤٧ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ١٦٧ ، ١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٨ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٦ ، ١٨٧ ، ١٨٨ ، ١٨٩ ، ١٩٠ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ ، ٢١٠ ، ٢١١ ، ٢١٢ ، ٢١٣ ، ٢١٤ ، ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ٣٠٩ ، ٣١٠ ، ٣١١ ، ٣١٢ ، ٣١٣ ، ٣١٤ ، ٣١٥ ، ٣١٦ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٠ ، ٣٣١ ، ٣٣٢ ، ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ ، ٣٥٣ ، ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ ، ٣٦٥ ، ٣٦٦ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٣٨٤ ، ٣٨٥ ، ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٦ ، ٤٠٧ ، ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، ٤١٠ ، ٤١١ ، ٤١٢ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ ، ٤١٨ ، ٤١٩ ، ٤٢٠ ، ٤٢١ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، ٤٤١ ، ٤٤٢ ، ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٤٧ ، ٤٤٨ ، ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٥٢ ، ٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، ٤٧٠ ، ٤٧١ ، ٤٧٢ ، ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٧٨ ، ٤٧٩ ، ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٨٥ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٤٩٨ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٣ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٠٦ ، ٥٠٧ ، ٥٠٨ ، ٥٠٩ ، ٥١٠ ، ٥١١ ، ٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥١٤ ، ٥١٥ ، ٥١٦ ، ٥١٧ ، ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ ، ٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٢٣ ، ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٤ ، ٥٤٥ ، ٥٤٦ ، ٥٤٧ ، ٥٤٨ ، ٥٤٩ ، ٥٥٠ ، ٥٥١ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، ٥٥٤ ، ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٢ ، ٥٦٣ ، ٥٦٤ ، ٥٦٥ ، ٥٦٦ ، ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٠ ، ٥٧١ ، ٥٧٢ ، ٥٧٣ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ، ٥٧٩ ، ٥٨٠ ، ٥٨١ ، ٥٨٢ ، ٥٨٣ ، ٥٨٤ ، ٥٨٥ ، ٥٨٦ ، ٥٨٧ ، ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، ٥٩٠ ، ٥٩١ ، ٥٩٢ ، ٥٩٣ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٥٩٨ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٣ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦٠٧ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٥ ، ٦١٦ ، ٦١٧ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ، ٦٢٢ ، ٦٢٣ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧ ، ٦٢٨ ، ٦٢٩ ، ٦٣٠ ، ٦٣١ ، ٦٣٢ ، ٦٣٣ ، ٦٣٤ ، ٦٣٥ ، ٦٣٦ ، ٦٣٧ ، ٦٣٨ ، ٦٣٩ ، ٦٤٠ ، ٦٤١ ، ٦٤٢ ، ٦٤٣ ، ٦٤٤ ، ٦٤٥ ، ٦٤٦ ، ٦٤٧ ، ٦٤٨ ، ٦٤٩ ، ٦٥٠ ، ٦٥١ ، ٦٥٢ ، ٦٥٣ ، ٦٥٤ ، ٦٥٥ ، ٦٥٦ ، ٦٥٧ ، ٦٥٨ ، ٦٥٩ ، ٦٦٠ ، ٦٦١ ، ٦٦٢ ، ٦٦٣ ، ٦٦٤ ، ٦٦٥ ، ٦٦٦ ، ٦٦٧ ، ٦٦٨ ، ٦٦٩ ، ٦٧٠ ، ٦٧١ ، ٦٧٢ ، ٦٧٣ ، ٦٧٤ ، ٦٧٥ ، ٦٧٦ ، ٦٧٧ ، ٦٧٨ ، ٦٧٩ ، ٦٨٠ ، ٦٨١ ، ٦٨٢ ، ٦٨٣ ، ٦٨٤ ، ٦٨٥ ، ٦٨٦ ، ٦٨٧ ، ٦٨٨ ، ٦٨٩ ، ٦٩٠ ، ٦٩١ ، ٦٩٢ ، ٦٩٣ ، ٦٩٤ ، ٦٩٥ ، ٦٩٦ ، ٦٩٧ ، ٦٩٨ ، ٦٩٩ ، ٧٠٠ ، ٧٠١ ، ٧٠٢ ، ٧٠٣ ، ٧٠٤ ، ٧٠٥ ، ٧٠٦ ، ٧٠٧ ، ٧٠٨ ، ٧٠٩ ، ٧١٠ ، ٧١١ ، ٧١٢ ، ٧١٣ ، ٧١٤ ، ٧١٥ ، ٧١٦ ، ٧١٧ ، ٧١٨ ، ٧١٩ ، ٧٢٠ ، ٧٢١ ، ٧٢٢ ، ٧٢٣ ، ٧٢٤ ، ٧٢٥ ، ٧٢٦ ، ٧٢٧ ، ٧٢٨ ، ٧٢٩ ، ٧٣٠ ، ٧٣١ ، ٧٣٢ ، ٧٣٣ ، ٧٣٤ ، ٧٣٥ ، ٧٣٦ ، ٧٣٧ ، ٧٣٨ ، ٧٣٩ ، ٧٤٠ ، ٧٤١ ، ٧٤٢ ، ٧٤٣ ، ٧٤٤ ، ٧٤٥ ، ٧٤٦ ، ٧٤٧ ، ٧٤٨ ، ٧٤٩ ، ٧٥٠ ، ٧٥١ ، ٧٥٢ ، ٧٥٣ ، ٧٥٤ ، ٧٥٥ ، ٧٥٦ ، ٧٥٧ ، ٧٥٨ ، ٧٥٩ ، ٧٦٠ ، ٧٦١ ، ٧٦٢ ، ٧٦٣ ، ٧٦٤ ، ٧٦٥ ، ٧٦٦ ، ٧٦٧ ، ٧٦٨ ، ٧٦٩ ، ٧٧٠ ، ٧٧١ ، ٧٧٢ ، ٧٧٣ ، ٧٧٤ ، ٧٧٥ ، ٧٧٦ ، ٧٧٧ ، ٧٧٨ ، ٧٧٩ ، ٧٨٠ ، ٧٨١ ، ٧٨٢ ، ٧٨٣ ، ٧٨٤ ، ٧٨٥ ، ٧٨٦ ، ٧٨٧ ، ٧٨٨ ، ٧٨٩ ، ٧٩٠ ، ٧٩١ ، ٧٩٢ ، ٧٩٣ ، ٧٩٤ ، ٧٩٥ ، ٧٩٦ ، ٧٩٧ ، ٧٩٨ ، ٧٩٩ ، ٨٠٠ ، ٨٠١ ، ٨٠٢ ، ٨٠٣ ، ٨٠٤ ، ٨٠٥ ، ٨٠٦ ، ٨٠٧ ، ٨٠٨ ، ٨٠٩ ، ٨١٠ ، ٨١١ ، ٨١٢ ، ٨١٣ ، ٨١٤ ، ٨١٥ ، ٨١٦ ، ٨١٧ ، ٨١٨ ، ٨١٩ ، ٨٢٠ ، ٨٢١ ، ٨٢٢ ، ٨٢٣ ، ٨٢٤ ، ٨٢٥ ، ٨٢٦ ، ٨٢٧ ، ٨٢٨ ، ٨٢٩ ، ٨٣٠ ، ٨٣١ ، ٨٣٢ ، ٨٣٣ ، ٨٣٤ ، ٨٣٥ ، ٨٣٦ ، ٨٣٧ ، ٨٣٨ ، ٨٣٩ ، ٨٤٠ ، ٨٤١ ، ٨٤٢ ، ٨٤٣ ، ٨٤٤ ، ٨٤٥ ، ٨٤٦ ، ٨٤٧ ، ٨٤٨ ، ٨٤٩ ، ٨٥٠ ، ٨٥١ ، ٨٥٢ ، ٨٥٣ ، ٨٥٤ ، ٨٥٥ ، ٨٥٦ ، ٨٥٧ ، ٨٥٨ ، ٨٥٩ ، ٨٦٠ ، ٨٦١ ، ٨٦٢ ، ٨٦٣ ، ٨٦٤ ، ٨٦٥ ، ٨٦٦ ، ٨٦٧ ، ٨٦٨ ، ٨٦٩ ، ٨٧٠ ، ٨٧١ ، ٨٧٢ ، ٨٧٣ ، ٨٧٤ ، ٨٧٥ ، ٨٧٦ ، ٨٧٧ ، ٨٧٨ ، ٨٧٩ ، ٨٨٠ ، ٨٨١ ، ٨٨٢ ، ٨٨٣ ، ٨٨٤ ، ٨٨٥ ، ٨٨٦ ، ٨٨٧ ، ٨٨٨ ، ٨٨٩ ، ٨٩٠ ، ٨٩١ ، ٨٩٢ ، ٨٩٣ ، ٨٩٤ ، ٨٩٥ ، ٨٩٦ ، ٨٩٧ ، ٨٩٨ ، ٨٩٩ ، ٩٠٠ ، ٩٠١ ، ٩٠٢ ، ٩٠٣ ، ٩٠٤ ، ٩٠٥ ، ٩٠٦ ، ٩٠٧ ، ٩٠٨ ، ٩٠٩ ، ٩١٠ ، ٩١١ ، ٩١٢ ، ٩١٣ ، ٩١٤ ، ٩١٥ ، ٩١٦ ، ٩١٧ ، ٩١٨ ، ٩١٩ ، ٩٢٠ ، ٩٢١ ، ٩٢٢ ، ٩٢٣ ، ٩٢٤ ، ٩٢٥ ، ٩٢٦ ، ٩٢٧ ، ٩٢٨ ، ٩٢٩ ، ٩٣٠ ، ٩٣١ ، ٩٣٢ ، ٩٣٣ ، ٩٣٤ ، ٩٣٥ ، ٩٣٦ ، ٩٣٧ ، ٩٣٨ ، ٩٣٩ ، ٩٤٠ ، ٩٤١ ، ٩٤٢ ، ٩٤٣ ، ٩٤٤ ، ٩٤٥ ، ٩٤٦ ، ٩٤٧ ، ٩٤٨ ، ٩٤٩ ، ٩٥٠ ، ٩٥١ ، ٩٥٢ ، ٩٥٣ ، ٩٥٤ ، ٩٥٥ ، ٩٥٦ ، ٩٥٧ ، ٩٥٨ ، ٩٥٩ ، ٩٦٠ ، ٩٦١ ، ٩٦٢ ، ٩٦٣ ، ٩٦٤ ، ٩٦٥ ، ٩٦٦ ، ٩٦٧ ، ٩٦٨ ، ٩٦٩ ، ٩٧٠ ، ٩٧١ ، ٩٧٢ ، ٩٧٣ ، ٩٧٤ ، ٩٧٥ ، ٩٧٦ ، ٩٧٧ ، ٩٧٨ ، ٩٧٩ ، ٩٨٠ ، ٩٨١ ، ٩٨٢ ، ٩٨٣ ، ٩٨٤ ، ٩٨٥ ، ٩٨٦ ، ٩٨٧ ، ٩٨٨ ، ٩٨٩ ، ٩٩٠ ، ٩٩١ ، ٩٩٢ ، ٩٩٣ ، ٩٩٤ ، ٩٩٥ ، ٩٩٦ ، ٩٩٧ ، ٩٩٨ ، ٩٩٩ ، ١٠٠٠ ، ١٠٠١ ، ١٠٠٢ ، ١٠٠٣ ، ١٠٠٤ ، ١٠٠٥ ، ١٠٠٦ ، ١٠٠٧ ، ١٠٠٨ ، ١٠٠٩ ، ١٠١٠ ، ١٠١١ ، ١٠١٢ ، ١٠١٣ ، ١٠١٤ ، ١٠١٥ ، ١٠١٦ ، ١٠١٧ ، ١٠١٨ ، ١٠١٩ ، ١٠٢٠ ، ١٠٢١ ، ١٠٢٢ ، ١٠٢٣ ، ١٠٢٤ ، ١٠٢٥ ، ١٠٢٦ ، ١٠٢٧ ، ١٠٢٨ ، ١٠٢٩ ، ١٠٣٠ ، ١٠٣١ ، ١٠٣٢ ، ١٠٣٣ ، ١٠٣٤ ، ١٠٣٥ ، ١٠٣٦ ، ١٠٣٧ ، ١٠٣٨ ، ١٠٣٩ ، ١٠٤٠ ، ١٠٤١ ، ١٠٤٢ ، ١٠٤٣ ، ١٠٤٤ ، ١٠٤٥ ، ١٠٤٦ ، ١٠٤٧ ، ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ ، ١٠٥٠ ، ١٠٥١ ، ١٠٥٢ ، ١٠٥٣ ، ١٠٥٤ ، ١٠٥٥ ، ١٠٥٦ ، ١٠٥٧ ، ١٠٥٨ ، ١٠٥٩ ، ١٠٦٠ ، ١٠٦١ ، ١٠٦٢ ، ١٠٦٣ ، ١٠٦٤ ، ١٠٦٥ ، ١٠٦٦ ، ١٠٦٧ ، ١٠٦٨ ، ١٠٦٩ ، ١٠٧٠ ، ١٠٧١ ، ١٠٧٢ ، ١٠٧٣ ، ١٠٧٤ ، ١٠٧٥ ، ١٠٧٦ ، ١٠٧٧ ، ١٠٧٨ ، ١٠٧٩ ، ١٠٨٠ ، ١٠٨١ ، ١٠٨٢ ، ١٠٨٣ ، ١٠٨٤ ، ١٠٨٥ ، ١٠٨٦ ، ١٠٨٧ ، ١٠٨٨ ، ١٠٨٩ ، ١٠٩٠ ، ١٠٩١ ، ١٠٩٢ ، ١٠٩٣ ، ١٠٩٤ ، ١٠٩٥ ، ١٠٩٦ ، ١٠٩٧ ، ١٠٩٨ ، ١٠٩٩ ، ١١٠٠ ، ١١٠١ ، ١١٠٢ ، ١١٠٣ ، ١١٠٤ ، ١١٠٥ ، ١١٠٦ ، ١١٠٧ ، ١١٠٨ ، ١١٠٩ ، ١١١٠ ، ١١١١ ، ١١١٢ ، ١١١٣ ، ١١١٤ ، ١١١٥ ، ١١١٦ ، ١١١٧ ، ١١١٨ ، ١١١٩ ، ١١٢٠ ، ١١٢١ ، ١١٢٢ ، ١١٢٣ ، ١١٢٤ ، ١١٢٥ ، ١١٢٦ ، ١١٢٧ ، ١١٢٨ ، ١١٢٩ ، ١١٣٠ ، ١١٣١ ، ١١٣٢ ، ١١٣٣ ، ١١٣٤ ، ١١٣٥ ، ١١٣٦ ، ١١٣٧ ، ١١٣٨ ، ١١٣٩ ، ١١٤٠ ، ١١٤١ ، ١١٤٢ ، ١١٤٣ ، ١١٤٤ ، ١١٤٥ ، ١١٤٦ ، ١١٤٧ ، ١١٤٨ ، ١١٤٩ ، ١١٥٠ ، ١١٥١ ، ١١٥٢ ، ١١٥٣ ، ١١٥٤ ، ١١٥٥ ، ١١٥٦ ، ١١٥٧ ، ١١٥٨ ، ١١٥٩ ، ١١٦٠ ، ١١٦١ ، ١١٦٢ ، ١١٦٣ ، ١١٦٤ ، ١١٦٥ ، ١١٦٦ ، ١١٦٧ ، ١١٦٨ ، ١١٦٩ ، ١١٧٠ ، ١١٧١ ، ١١٧٢ ، ١١٧٣ ، ١١٧٤ ، ١١٧٥ ، ١١٧٦ ، ١١٧٧ ، ١١٧٨ ، ١١٧٩ ، ١١٨٠ ، ١١٨١ ، ١١٨٢ ، ١١٨٣ ، ١١٨٤ ، ١١٨٥ ، ١١٨٦ ، ١١٨٧ ، ١١٨٨ ، ١١٨٩ ، ١١٩٠ ، ١١٩١ ، ١١٩٢ ، ١١٩٣ ، ١١٩٤ ، ١١٩٥ ، ١١٩٦ ، ١١٩٧ ، ١١٩٨ ، ١١٩٩ ، ١٢٠٠ ، ١٢٠١ ، ١٢٠٢ ، ١٢٠٣ ، ١٢٠٤ ، ١٢٠٥ ، ١٢٠٦ ، ١٢٠٧ ، ١٢٠٨ ، ١٢٠٩ ، ١٢١٠ ، ١٢١١ ، ١٢١٢ ، ١٢١٣ ، ١٢١٤ ، ١٢١٥ ، ١٢١٦ ، ١٢١٧ ، ١٢١٨ ، ١٢١٩ ، ١٢٢٠ ، ١٢٢١ ، ١٢٢٢ ، ١٢٢٣ ، ١٢٢٤ ، ١٢٢٥ ، ١٢٢٦ ، ١٢٢٧ ، ١٢٢٨ ، ١٢٢٩ ، ١٢٣٠ ، ١٢٣١ ، ١٢٣٢ ، ١٢٣٣ ، ١٢٣٤ ، ١٢٣٥ ، ١٢٣٦ ، ١٢٣٧ ، ١٢٣٨ ، ١٢٣٩ ، ١٢٤٠ ، ١٢٤١ ، ١٢٤٢ ، ١٢٤٣ ، ١٢٤٤ ، ١٢٤٥ ، ١٢٤٦ ، ١٢٤٧ ، ١٢٤٨ ، ١٢٤٩ ، ١٢٥٠ ، ١٢٥١ ، ١٢٥٢ ، ١٢٥٣ ، ١٢٥٤ ، ١٢٥٥ ، ١٢٥٦ ، ١٢٥٧ ، ١٢٥٨ ، ١٢٥٩ ، ١٢٦٠ ، ١٢٦١ ، ١٢٦٢ ، ١٢٦٣ ، ١٢٦٤ ، ١٢٦٥ ، ١٢٦٦ ، ١٢٦٧ ، ١٢٦٨ ، ١٢٦٩ ، ١٢٧٠ ، ١٢٧١ ، ١٢٧٢ ، ١٢٧٣ ، ١٢٧٤ ، ١٢٧٥ ، ١٢٧٦ ، ١٢٧٧ ، ١٢٧٨ ، ١٢٧٩ ، ١٢٨٠ ، ١٢٨١ ، ١٢٨٢ ، ١٢٨٣ ، ١٢٨٤ ، ١٢٨٥ ، ١٢٨٦ ، ١٢٨٧ ، ١٢٨٨ ، ١٢٨٩ ، ١٢٩٠ ، ١٢٩١ ، ١٢٩٢ ، ١٢٩٣ ، ١٢٩٤ ، ١٢٩٥ ، ١٢٩٦ ، ١٢٩٧ ، ١٢٩٨ ، ١٢٩٩ ، ١٣٠٠ ، ١٣٠١ ، ١٣٠٢ ، ١٣٠٣ ، ١٣٠٤ ، ١٣٠٥ ، ١٣٠٦ ، ١٣٠٧ ، ١٣٠٨ ، ١٣٠٩ ، ١٣١٠ ، ١٣١١ ، ١٣١٢ ، ١٣١٣ ، ١٣١٤ ، ١٣١٥ ، ١٣١٦ ، ١٣١٧ ، ١٣١٨ ، ١٣١٩ ، ١٣٢٠ ، ١٣٢١ ، ١٣٢٢ ، ١٣٢٣ ، ١٣٢٤ ، ١٣٢٥ ، ١٣٢٦ ، ١٣٢٧ ، ١٣٢٨ ، ١٣٢٩ ، ١٣٣٠ ، ١٣٣١ ، ١٣٣٢ ، ١٣٣٣ ، ١٣٣٤ ، ١٣٣٥ ، ١٣٣٦ ، ١٣٣٧ ، ١٣٣٨ ، ١٣٣٩ ، ١٣٤٠ ، ١٣٤١ ، ١٣٤٢ ، ١٣٤٣ ، ١٣٤٤ ، ١٣٤٥ ، ١٣٤٦ ، ١٣٤٧ ، ١٣٤٨ ، ١٣٤٩ ، ١٣٥٠ ، ١٣٥١ ، ١٣٥٢ ، ١٣٥٣ ، ١٣٥٤ ، ١٣٥٥ ، ١٣٥٦ ، ١٣٥٧ ، ١٣٥٨ ، ١٣٥٩ ، ١٣٦٠ ، ١٣٦١ ، ١٣٦٢ ، ١٣٦٣ ، ١٣٦٤ ، ١٣٦٥ ، ١٣٦٦ ، ١٣٦٧ ، ١٣٦٨ ، ١٣٦٩ ، ١٣٧٠ ، ١٣٧١ ، ١٣٧٢ ، ١٣٧٣ ، ١٣٧٤ ، ١٣٧٥ ، ١٣٧٦ ، ١٣٧٧ ، ١٣٧٨ ، ١٣٧٩ ، ١٣٨٠ ، ١٣٨١ ، ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ ، ١٣٨٤ ، ١٣٨٥ ، ١٣٨٦ ، ١٣٨٧ ، ١٣٨٨ ، ١٣٨٩ ، ١٣٩٠ ، ١٣٩١ ، ١٣٩٢ ، ١٣٩٣ ، ١٣٩٤ ، ١٣٩٥ ، ١٣٩٦ ، ١٣٩٧ ، ١٣٩٨ ، ١٣٩٩ ، ١٤٠٠ ، ١٤٠١ ، ١٤٠٢ ، ١٤٠٣ ، ١٤٠٤ ، ١٤٠٥ ، ١٤٠٦ ، ١٤٠٧ ، ١٤٠٨ ، ١٤٠٩ ، ١٤١٠ ، ١٤١١ ، ١٤١٢ ، ١٤١٣ ، ١٤١٤ ، ١٤١٥ ، ١٤١٦ ، ١٤١٧ ، ١٤١٨ ، ١٤١٩ ، ١٤٢٠ ، ١٤٢١ ، ١٤٢٢ ، ١٤٢٣ ، ١٤٢٤ ، ١٤٢٥ ، ١٤٢٦ ، ١٤٢٧ ، ١٤٢٨ ، ١٤٢٩ ، ١٤٣٠ ، ١٤٣١ ، ١٤٣٢ ، ١٤٣٣ ، ١٤٣٤ ، ١٤٣٥ ، ١٤٣٦ ، ١٤٣٧ ، ١٤٣٨ ، ١٤٣٩ ، ١٤٤٠ ، ١٤٤١ ، ١٤٤٢ ، ١٤٤٣ ، ١٤٤٤ ، ١٤٤٥ ،

ونخلص افن بأنه متى أخل الطبيب بأحد الالتزامات المطلوبة التي تفرضها عليه مهنته عند مشولا ؛ وليس هناك محل للبحث في جسامته خطئه ^(١) . حقيقة إن لغة الأحكام لا تخلو من الإشارة إلى فكرة الخطأ الجسيم ^(٢) ؛ ولكنها إذا

(١) دونديوي فاير ، النشرة الطبية المصرية ١٩٣١ ص ٤٧٦ فارن الخلل : تعليقات على الأحكام في مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ ص ٣٢٧ .

(٢) ييزانسون ١٨ / ١٢ / ١٨٤٤ سيري ١٨٤٥ - ٢ - ٦٠٢ ؛ كولمار ١٠ / ٧ / ١٨٥٠ دالوز ١٨٥٢ - ٢ - ١٩٦ ؛ متر ٢١ / ٥ / ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ٢ - ١١٠ ، سيري ٦٨ - ٢ - ١٠٦ ؛ جراي ٢٩ / ٧ / ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ٥ - ٤٣٦ ، سيري ٧٤ - ٢ - ٥٨ ؛ نيم ٢٦ / ٢ / ١٨٨٤ دالوز ٨٤ - ٢ - ١٧٦ ، سيري ١٨٨٦ - ٢ - ١٥٦ ، سانت اتيين ٢٤ / ١١ / ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٥ - ٢ - ١٩٩ ؛ الجزائر ١٧ / ٣ / ١٨٩٤ دالوز ٩٥ - ٢ - ٦٩ ، سيري ٩٥ - ٢ - ٢٣٧ ؛ بورجون ٢٩ / ١ / ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٦ - ٢ - ٤٠٦ ؛ باريس ٤ / ٣ / ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ٢ - ٤٤٩ ، سيري ٩٩ - ٢ - ٩٠ ؛ إكس ٢٢ / ١٠ / ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ٢ - ٤١ ؛ سين ٢ / ٧ / ١٩٠٧ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ٣٥٦ ، سيري ١٩١٠ - ٢ - ١٥٣ ؛ مونتبلية ١٥ / ١٢ / ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ٥ - ٣١ ، G.P. ، ١٩١٠ - ١ - ١٨٧ ، سين ٢٩ / ٣ / ١٩١١ جازيت باليه ١٩١١ - ٢ - ٣٩ ؛ نيم ٣ / ٧ / ١٩١١ دالوز ١٩١٤ - ٢ - ٨٥ ، سيري ١٣ - ٢ - ١٧٧ ؛ مانت ٢٦ / ١ / ١٩١٢ جازيت باليه ١٩١٢ - ١ - ٣٢٨ ؛ نانسي ١٨ / ٦ / ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ٢ - ٢٣٦ ؛ ييزانسون ١٦ / ١٠ / ١٩١٢ دالوز ١٩١٤ - ٢ - ٤٨٨ ، G. P. ، ١٩١٢ - ٢ - ٥٤٢ ؛ باريس ١٩١٣ / ١ / ١٩١٩ دالوز ١٩١٩ - ٢ - ٧٣ ، سيري ١٩١٨ - ٢ - ٩٧ ، باريس ١٩١٣ / ٦ / ١٩١٣ ، جازيت باليه ١٩١٣ - ٢ - ١٣٠ ، سين ٢٣ / ٢ / ١٩١٤ جازيت باليه ١٩١٤ - ٢ - ٢٤٢ ، سين ١٤ / ١٢ / ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ - ٢ - ٢٧ ، مرسيليا ٢٦ / ٤ / ١٩٢١ G. P. ، ١٩٢١ - ٢ - ١٦٢ ، أوران ٢٠ / ١٠ / ١٩٢١ جازيت باليه ١٩٢١ - ٢ - ٥٨١ ، دالوز ١٩٢٢ - ٥ - ١٥ ، باريس ٢٠ / ١١ / ١٩٢٤ G. P. ، ١٩٢٥ - ١ - ١٦٦ ، باريس ١٢ / ٣ / ١٩٣١ جازيت باليه ١٩٣١ - ١ - ٥٩٠ ، سيري ٣١ - ٢ - ١٢٩ ، دالوز ٣١ - ٢ - ١٤١ ، دالوز الأسبوع ١٩٣١ - ٢٥٩ .

وفي القضاء بالجسك : ليج ٣٠ / ٧ / ١٨٩٠ دالوز ١٨٩١ - ٢ - ١٨١ ، سيري ١٨٩٥ - ٢ - ٢٣٧ ، بلجيكا انضائية ١٨٩١ - ٦٩٩ .
وفي القضاء المصري : الخليفة الجزئية ١٣ / ١ / ١٩٢٧ حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ، ٣٣٧ ، جنج مصر المستأفة ٢ / ٥ / ١٩٢٧ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ ، حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧ ، الطالرين ٩ / ٤ / ١٩٢٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ ، الاسكندرية ٧ / ٨ / ١٩٣٩ القضية رقم ٢٢٦ كلى سنة ١٩٣٨ والمسك لم ينشر .
وراجع الشهورى وبيعت بدوى ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ انهم الأوربي ص ٢١٦ .

استعملت هذا التعبير لم تقصد به فكرة تدرج الخطأ لأعضاء الطبيب من المسؤولية عن الخطأ الخافه بل قصدت أن يكون الخطأ للنسب اليه واضحاً^(١)، بحيث لا يتطلب من المحاكم تقدير النظريات العلمية والمفاضلة بينها^(٢).

(١) faute caractérisée

(٢) راجع في حل كلمة الخطأ الجسيم على الصي التي تقول به : لاكاس بند ٦٩، ديلو ص ٩٣ مازان ص ٢٢٩، يرو تطبيقاً على ليون ١٧ نوفمبر ١٩٠٤ سيري ١٩٠٧ - ٧ - ٢٢٣، ديس في دالوز ١٩٢٠ - ١ - ٣٠، يتسل ص ٤٠، ٣٩، غوازييه ص ١٣١، ١٤٣، ٢٥٩، ٢٦٠.

قرب : يبدان الطود والالتزامات ج ٤ بند ١١٨٧.

وتبين هذه الفكرة بجلاء من مراجعة حيثيات الأحكام التي تضمنت إشارة إلى إنكرة الخطأ الجسيم. أنظر مثلاً حكم محكمة السين في ١٩٠١/١/٥ (باندبكت ١٩٠٢ - ٢ - ٢١٦) فانها جعلت مناط مسؤولية الطبيب الخطأ الجسيم الذي يدل على إهمال أو عدم خبرة ظاهرة. وحكم محكمة باريس في ١٩١٩/٦/٢٦ (سيري ١٩٢٢ - ٢ - ١١٣ ودالوز ١٩١٩ - ٢ - ٧٣) فانها وصفت الخطأ الصادر من طبيب الأسنان تارة بأنه جسيم وتارة بأنه مؤكد بما يدل على أن التعبيرين في نظر المحكمة مترادفتان.

وحكم محكمة السين في ١٩٢٣/٦/٩ (علامة السنة الراجعة رقم ٧٥٣ في ٩٦٧) فانها اعتبرت الطبيب مسئولاً إذا ثبت أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة خطئه خطأ جسيماً أو إهماله إهمالاً فاحشاً أو نتيجة عدم احتياطة ونحوه أو جهله بالأصول والقواعد التي يتعين على كل طبيب الإلمام بها حتماً. وظاهر أن الحكم ان لم يكن قد سوى بين الخطأ الجسيم وعدم الاحتياط والجهل بالأصول الفنية فهو على الأقل لم يصر بمسؤولية الطبيب على حالة الخطأ الجسيم وحدها (ونفس الفكرة بمعناها في حكم محكمة جراي الصادر في ١٨٧٣/٧/٢٩ سيري ١٨٧٤ - ٢ - ٥٨ ودالوز ٧٤ - ٥ - ٤٣٩).

وحكم محكمة اسباليون المدنية في ١٩٣٢/١٠/١٠ (دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ٥٩٧) فانها بعد أن قررت أن الطبيب لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه الجسيم بينت أن اشتراط الخطأ الجسيم ليس معناه الخروج بالمسؤولية الطبية على مقتضى القواعد العامة بل فقط إلزام المحاكم مراعاة المبطل والمنعقد حتى لا تحكم على الطبيب بالمسؤولية إلا عن الخطأ الواضح.

وراجع فيما يتعلق بالأحكام المصرية حكم محكمة سوهاج في ١٩٤٣/٧/١٠ في القضية ٢٧٠ سنة ١٩٤٢ مكي إذ قرر : « أن الرأي المتأخذ به قضاء في مسؤولية الأطباء هو مؤاخذتهم عن الأخطاء الجسيمة أي التي لا يختلف فيها طبيب ».

وحكم محكمة الاسكندرية في ١٩٣٩/٧/٨ في القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ مكي، فبعد أن قررت المحكمة أن أساس مسؤولية الطبيب هو الخطأ الجسيم، قالت إن الرأي القول عليه في =

: فالصورة التي استعملها المحاكم تسمى غير سليم^(١) عن فكرة صحيحة. ولقد رأينا، أن مسئولية الطبيب عن جميع أخطائه ليس مسئلة أن يؤخذ بالظن أو بالاحتمال، فالمسئولية لا تترتب إلا على خطأ ثابت محقق، ولكن التزامات الطبيب تحددها الأصول الطبية الثابتة. فما لم يكن هناك إغفال لأحد المبادئ المسلم بها في الفن الطبي، فلا يكون الطبيب مسئولا، لا لأن خطأه تافه بل لأنه لم يرتكب خطأ ما.

ولعل الخطأ الذي انطوى عليه تسمير المحاكم يرجع إلى القصور في فهم حقيقة الخطأ الطبي، فالطبيب قد يخطئ في تشخيص المرض أو وصف العلاج، ولكن

= الخطأ الذي أن الطبيب لا يبال إذا أجرى عملية ليس لها أساس علمي ثابت ولو ضعف، وهكذا فان المحكمة سوت بين الخطأ الجسيم وخطافة الأصول الطبية الثابتة. ويضيق بنا المقام لو أننا أردنا استعراض جميع الأحكام التي أشارت إلى فكرة الخطأ الجسيم. بل أننا نستطيع أن نقول بغير حرج إن قليلا من النظر في حيثيات هذه الأحكام يبرز لنا بجلاء صحة الرأي الذي أفتناه في الفن.

راجع على وجه الخصوص : بزانسون ١٨٤٤/١٧/١٨ سبتي ٤٥ - ٢ - ٦٠٢ متر
٢١ مايو ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ٢ - ١١٠؛ ديمون ١٤ مايو ١٨٦٨ سبتي ٦٩ - ٢ -
١٧ دالوز ٦٩ - ٢ - ١٩٥؛ الجزائر ١٨٩٣/١١/٤ سبتي ١٨٩٥ - ٣ - ٢٣٧؛
دوبه ١٨٩٧/٤/١٥ سبتي ١٨٩٨ - ٢ - ٧٨ خاصة في الآخر؛ سين ١٩٠٧/٧/٢
وتعليق يرو بالمعي التي تقول به في سبتي ١٩١٠ - ٢ - ١٥٣، بزانسون ١٩١٠/٣/١٤
دالوز ١٩١٤ - ٢ - ٨٨؛ باريس ١٩١٣/١/١٦ - ٢ - ٢٣٧، دوبه ١٩١٣/١/١٩
جارت ياليه ١٩٣١ - ٢ - ٧٧٥ دالوز الأسبوع ١٩٣٢ ملخص ٩.

وهكذا نستطيع أن نقول مع فوازنييه إن عبارة الخطأ الجسيم أخذت في لغة المحاكم معنى غير المتعارف عليه في عهد الرومان، ولا غرو فان فكرة الخطأ ذاتها لم تصبح لها نفس المعنى في جميع الأحوال. بل أنها أصبحت وتنتس طلبا للعلاج الاجتماعية (دعوى ج ٣ بند ٢٦٥ مكرر وفوازنييه ص ١١٩).

(١) ملزو نيغة ٥٠٩؛ بوروبو بند ٦٧٧ مكرر.
بارن بيرييه ٩١، وفوازنييه ص ١١٩؛ وميلان بيرييه ٦٤.

من الناحية القانونية لا يمكن نسبة أى خطأ إليه لاجبياً ولا يبرأ^(١) ، فالطب
فن أكثر منه علم ، وأكفا الأطباء قد يمرض الخطأ أثناء مباشرة العلاج دون
أن يمكن نسبة أى إهمال إليه ، وإنما الخطأ يبدأ حيث تنهى الخلافات العلمية
وتتضح العناصر التي يستطيع طبيب يقط أن يبنى عليها تقديراً صحيحاً لحقيقة الداء
بوما يناسبه من هواء . فأتوهته المحاكم إذن خطأ تافها هو في الواقع بعيد عن أن
يعتبر خطأ بالمعنى الفني للكلمة^(٢) . وتزداد فكرتنا وضوحاً إذا رجعنا إلى أحكام
المحاكم خطأها. وبيننا حقيقة مراميا .

لأنك أن بعض الأحكام اشترطت إخطأ الجسم لقيام مسئولية الطبيب لكنها
إذ تشترط ذلك إنما تتر فوراً بوجود خطأ من هذا النوع كما أرادت المحاكم بالتعويض^(٣)

(١) ولقد فُتحت محكمة النفس الفرنسية هذه الحقيقة إذ قررت في حكمها في ١٨/١٠/١٩٣٧
سرى ١٩٣٨ - ١ - ٦ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٥٤٩ :

" que si les experts comme ont considéré que le médecin avait manqué
de coup d'oeil chirurgical , ils ne lui ont imputé la faute ni d'avoir fait
une incision ... "

راجع أيضاً ليح المدنية ١٩٣١/١/١٢ والحكم الاستثنائي في ١٩٣٣/١/١٣ ، بلجيكا القضائية
١٩٣١ عمود ١٨٥ و ١٩٣٣ عمود ١٩٠ على التعاقب ؛ والحكم الصادر في ١٩٨٨/٣/٢١
للذكور في بيل بل ٤٤ والتطبيق على حكم باريس في ١٩١٣/١/١٦ المنشور في دالوز
١٩١٣ - ٢ - ٢٣٧ ودارن فيما يتعلق بالمحاكم ، محكمة الاسكتلندية الابتدائية في ٢/٦/
١٩٠٩ حقوق سنة ٢٥ ص ٢ رقم ١ ، وقرب فاز رين ص ٢٨ .

(٢) قرب فوزينيه ص ٢٦٠ حيث يقول
" La faute caractérisée est seule sanctionnée dans le transport gratuit dans la responsabilité médicale
car la faute légère, n'est dans ces hypothèses que la faute du hasard
c'est-à-dire l'absence de faute "

(٣) كولار ١٨٥٠/٧/١٠ دالوز ٥٢ - ٢ - ١٩٦ ؛ جري ١٨٧٣/٧/٢٩ سرى
١٥٦ - ٢ - ٧٤٤ دالوز ٧٤ - ٥ - ٤٣٦ ؛ يوم ١٨٨٤/٢/٢٦ سرى ٨٦ - ٢ - ١٥٦
دالوز ٨٤ - ٢ - ٩٧٦ ؛ جين ١٨٩٧/١٠/٢٢ سرى ١٨٩٩ - ٢ - ٩٠ ؛ باريس
١٩١٩/٣/٢٦ سرى ٢٢ - ١٣ - ١٠٠ دالوز ١٠٠ - ٢ - ٧٣٣ والحكم خاص طبيب أسنان
وهو جدير بالمكر من حيث أنه استخلص عناصر الخطأ ووصف بأنه جسم رغم أن هزير الخبير
إني يمكن نسبة أى خطأ إلى الطبيب ؛ من بيديا ١٩٣٢/١/٢٨ مذكور في بيل المرجع السابق
مد ٤٧ ؛ هافر ١٩٢٤/٣/٢٣ V.G. سريسة ١٩٢٤ ؛ دى ١٩٢٩/٧/١٠ جازيت
بالقرب ١٩٢٩ - ٢ - ١٠٩ ؛ الانون ١٩٣٠/٤/٢٩ جازيت بالية ١٩٣٠ - ٢ - ١١٢
والحكم خاص طبيب يطرى ؛ باريس ١٩٣١/٣/١٢ سرى ١٩٣١ - ٣ - ١٢٩ ؛

وإن هي أراحت رفض طلب التمييز فانه من السهل أن تبين من حيثيات أحكامها أن الاعتبارات التي من أجلها تفت هذه المحاكم صفة الجسامة عن الخطأ تكفي بذاتها لنفي كل خطأ يمكن نسبته إلى الطبيب . فلقد كانت ترجح نفي صفة الجسامة عن الخطأ إما إلى وجود خلاف من الناحية الطبية على المسلك الذي كان على الطبيب أن يتيقنه ^(١) وإما إلى أن العناصر التي بني عليها الطبيب تقديره لم تكن من الواضح بحيث تضمن - بالنظر إلى حالة العلم وإلى القواعد المعمول بها في الفن الطبي - رأيا صحيحا ^(٢) وإما إلى أن الطبيب قام بما عليه ولم ينطو سلوكه على رعونة واضحة أو إغفال للأصول العلمية ^(٣) وعلى كل حال فليس من بين

= لانيون ١٩٣٢/١٢/١٩ جازت بالية ١٩٣٣ - ١ - ٣٣٩ ؛ بورديو ١٩٣٣/٦/٧
جازت بالية ١٩٣٣ - ٢ - ٦١٥ ؛ س مصر ١٩٤٧/٥/٢ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ .

فانون نفس ١٩٣٢/١/١١ سيري ٣٢ - ١ - ١١٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ١٣٢
والمحكم دون أن يشترط الخطأ الجسيم لقيام المسؤولية وصف الخطأ الصادر من الطبيب بأنجسيم
وقى نفس الشيء :

المرو ١٩٣٣/١٢/١٧ والحكم الاستثنائي في نفس القضية سيري ١٩٣٥ - ١ -
٤٠١ الجزائر ١٩٣٣/٣/١٧ سيري ١٨٩٥ - ٢ - ٢٣٧ ؛ شاتوتيري ١٩٠٥/٦/٧ سيري
١٩٠٩ - ٢ - ٢٢٥ دالوز ١٩٠٥ - ٥ - ٤١ ؛ مونتيليه ١٩٣٤/٦/٧ دالوز
الأسبوعي ١٩٣٤ - ٤٨٣ .

(١) سين ١٩١٤/٢/٢٤ مذكور في يتل المرجع السابق ص ٤٣ ؛ مجلس الدولة
١٩٣٧/٣/١٢ سيري ١٩٣٧ - ٣ - ١٢ .

(٢) متر ١٨٦٧/٥/٢١ دالوز ٦٧ - ٢ - ١١٠ سيري ١٨٦٨ - ٢ - ١٠٦ ؛
حافر ١٨٨٩/١٢/٥ دالوز ١٨٩١ - ٢ - ٢٨١ في حاشي ١ ، جازت بالية ١٨٨٩ -
٢ - ٦٨٠ ؛ باريس ١٩١٣/١/١٦ دالوز ١٩١٣ - ٢ - ٢٣٧ .

(٣) بتر ١٨٦٧/٥/٢١ سيري ٦٨ - ٢ - ١٠٦ ؛ سانت أين ١٨٩٢/٢/٥ دالوز
١٩٠٤ - ٢ - ٩٥ ؛ باريس ١٨٩٨/٣/٤ سيري ٩٩ - ٢ - ٩٠ ؛ ليون ١٩٠٤/١١/١٧
سيري ١٩٠٧ - ٢ - ٢٣٣ ؛ سين ١٩٠٧/٧/٢٠ سيري ١٩١٠ - ٢ - ١٥٣ ؛ سين
١٩٢٠/١٢/١٤ دالوز ١٩٢١ - ٢ - ٢٧ ؛ مرسيليا ١٩٢٧/١/٢٠ دالوز الأسبوعي
١٩٢٧ - ٢٦٧ ؛ روم ١٩٢٩/٢/٥ جازت بالية ١٩٢٩ - ١ - ٦٤٩ ؛ دويه ١٩٢٤/١/٢٤
١٩٣٣ سيري ١٩٣٣ - ٢ - ٢١٣ ؛ رين ١٩٣٤/١١/١٤ جازت بالية ١٩٣٥ - ١ -
١٠٤ باريس ١٩٣٥/٢/١٢ جازت بالية ١٩٣٥ - ١ - ٧٢٢ ؛ مجلس الدولة ١٩٣٥/١١/٨
فضلتان سيري ١٩٣٦ - ٣ - ١٢٧ .

=

أحكام المحاكم ما ذهب إلى حد إعفاء الطبيب من المسؤولية استناداً إلى أن خطأ كان تافهاً^(١) بل بالعكس إن أحكام محكمة النقض الفرنسية^(٢) وكثيراً

== في القضاء المصري: راجع سم B.L.J. ١٩١٢/٢/٢٩ سنة ٢٤ من ١٩٦٦ والمحكم بتم الحكم الصادر في ١٩١٠/٢/٣ B.L.J. سنة ٢٢ - ١٢٠ ٤ سم ١٩٣٨/٤/٢١ B.L.J. ٥٠ - ٢٥٠ - ٢٥٠ جازيت ٢٩ من ٤١١ رقم ٤٨١ الطارين ١٩٢٩/٤/٩ حقوق سنة ٤٤ من ١٩٦٩ الاسكندرية ١٩٣٩/٧/٨ القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ كلى ٤ من مصر . ١٩٤٠/٦/٤ القضية رقم ٦٤٥ سنة ٥٦ قضائية .

(١) في حق القاضي بلانوي إسمان بند ٥٢٤ ومغزو بند ٥١٠ فزون فوزيه من ١٩٣٢ . ١٤٢

(٢) راجع نفس ١٩٠٤/٨/٢ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٥٧٤ ١٩١٩/٧/٢١ ميري ١٩٢٢ - ٢ - ١١٣ في الخامس ودالوز ١٩٢٠ - ١ - ٣٠ وتطبيق دنيس . والمحكم صريح في استبعاد التفرقة بين الخطأ الجسيم والحادى ١٩٢٠/١١/٢٩ ميري ١٩٢١ - ١ - ١١٩ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٠٣ ١٩٣٧/١٠/١٨ ميري ١٩٣٨ - ١١ - ٦١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٥٤٩ .

ولقد قرر أنه فيما عدا الإهمال وعدم الاحتياط التى يقع فيه أى إنسان لا يسأل الطبيب عما ينسب إليه من عدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو الإهمال إلا إذا أثبت ذلك منه - مع مراعاة حالة العلم والقواعد المعترف بها في الفن الطبي - اغفالا أكيدا لواجباته . والمحكم رغم أخذه بالتفرقة بين الخطأ المبني والخطأ العادى تلك التفرقة التى اعتدتها لأنه لم يرتب عليها أثراً مابل اعتبر الطبيب مسؤولاً عن جميع أخطائه متى أثبت ذلك منه اغفالا أكيدا لواجباته دون أن يشير إلى التفرقة للزعمومة بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم .

حقيقة قيل إن المبدأ الذى تضمنه الحكم لا ينف عند حد وجوب تحقق الخطأ بوضوح بل يذهب إلى أبعد من ذلك كثيراً فهو يشترط شروطاً خاصة في ذات الفعل بحيث قد يقع من الطبيب إهمال أو عدم انتباه ويترف به ورغم ذلك فإن إهماله هذا أو عدم انتباهه لا يكون الخطأ الطبي إلا إذا دل على اغفالا أكيد لواجباته وفيما عدا ذلك يعتبر عدم الإقتضات أو عدم الاحتياط بمثابة الحادث التجائى في الفن الطبي فلا ترتب عليه مسؤولية ما (وديع فرج - مجلة انكائون والإقتصاد سنة ١٢ من ٤٠٦) بل لقد قيل إن الخطأ اللوجب للمسئولية طبقاً لحكم محكمة النقض يجب أن يكون على درجة من الجسامه بحيث يستطيع القاضى أن يبينه بالإحصانة بالبراءه عند القروم . سافتييه في دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٤٩ وبند ٧٩٠ من كتابه في المسئولية .

ما أن حكم النقض يعود بنا إلى نظرية تدرج الخطأ لكي لا يسأل الطبيب إلا عن الخطأ الجسيم ومنها مالا تحمله عباراته .

أما القول بأنه لم يكف بثبوت الخطأ بل تطلب عناصر أخرى في ذات الخطأ لكي تجب على الطبيب المسئولية فلنا نستطيع أن نعين هذه العناصر للشار إليها . فالخطأ الطبي كما عرفناه هو إخلال الطبيب بأحد الواجبات الخاصة التى تخرضا عليه مهنته فكل خطأ ثابت بغرض الزامه =

« أن الطبيب قد أغفل واجباته وعكفة البعض لم تتطلب أكثر من ذلك . حقا إن الطبيب قد غفل في تفهيم المرض أو وصف العلاج دون أن يكون مثولا ولكن ليس ذلك راجعا إلى إغفاله بل إلى بعض العناصر التي تراها عكفة البعض ضرورة لقيام المسؤولية بل إلى إصطدام الخطأ أصلا . راجع أيضا - نحن ١٨٢٢/٧/٢١ وتطبيق مالوا عليه بند ٥١٠ ومولان في ١١/٢٤/١٩٢٦ مشار إليه في جازيت باليه ١٩٢٦ - ١ - ٦٤٦ مع حكم ريو في ١٩٢٦/٧/٥ وألغى حكمت المحكمة على الطبيب بالمسئولية استنادا إلى أن تقرير الخبير وإن تقي غنه الخطأ الجسيم فهو لم ينف عنه الخطأ التافه . ومع أن عكفة ثاني درجة ألقت الحكم فانها قررت في نفس الوقت أنه لم يثبت على الطبيب حتى الخطأ التافه .

راجع أيضا روان ١٩٢٣/٤/٢١ سبى ١٩٢٤ - ٢ - ١١٧ (ولقد أخذ الطبيب بمحضه وإن وصفه الخبراء بأنه غير جسيم) وروان ١٩٢٦/٦/٣ مذكور في نيجر من ٦٩ وليسون ١٩٢٣/١١/١٠ مذكور في لاكاس المرجع السابق من ٥٩ بند ٧٧ وفي جبارونا ورتبى من ٣٨١ محمود أول ، ولقد جاء فيه :

« Les juges doivent rechercher lorsque un médecin est pris à partie s'il a commis une faute véritable et s'il n'a pas observé en administrant le traitement, des règles de prudence et de scrupuleuse attention, auxquelles il doit normalement se conformer. C'est seulement au cas où ils'en départit qu'il commet une faute génératrice de responsabilité, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer entre la faute grave et la faute légère, l'article 1382 du code civil ne comportant pas cette distinction ».

واغرو في ١٩٢٢/١١/١٦ جازيت باليه ١٩٢٢ - ٢ - ٦١٨ ؛ واساليون ١٩٣٣/١٠/١٠ دالوز الأسبوعى من ٥٩٧ ، وقد أشارت المحكمة إلى أن المقصود باشتراط الخطأ الجسيم ليس لإخراج المسؤولية الطبية عن حكم القواعد العامة ، بل دعوة المحاكم إلى مضاعفة العناية بتجربى وجه الخطأ في سلوك الطبيب حتى لا تحكم عليه بالمسئولية إلا إذا كان خطؤه واضحا . - وبوردو ١٩٣٣/٦/٧ جازيت باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٦١٥ ، وعبراليس ١٩٣٣/١٠/٣١ مذكور في ملزاني من ٢٣١ .

وإذا جاز لنا أن نقرر أن حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ (سبى ١٩٣٧ - ١ - ٣٢١) هو خلاصة ما انتهى إليه تطور القضاء في المسؤولية الطبية فانا نستطيع أن نقول بغير مبالغ إن هذا الحكم قد قضى ضمنا ولكن بطريق واضح على اشتراط الخطأ الجسيم فلقد قررت المحكمة أن الطبيب يجب كونه لا يلزم بشفاء المريض وهو ما لم يقل به أحد إلا أنه يلزم بأن يبذل عناية لا من أى نوع كان بل جهودا صادقة بحسنة وضعت في غير حالة الظروف الاستثنائية مع الأصول الطبية الثانية ، وأضافت المحكمة بأن الإخلال بهذا الالتزام يتحقق وأن لم يكن متعمدا ، جزاءه المسؤولية المدنية . وظاهر من ذلك أن المحكمة لم تطلب اعتبارا لذلك التمسك بالية محكمة التدرج في جسامه الخطأ .

من الأحكام المصرية^(١) قاطمة في مسئولية الطبيب عن جميع أخطائه بغض النظر عن نعتها بدرجة معينة من الجسامة ، وهو ما يفسر لنا ميل كثير من المحاكم إلى استعمال لفظ الخطأ الواضح أو المؤكد بدلا من تعبير الخطأ الجسيم^(٢).

(١) استئناف مصر ١٩٣٦/١/٢ (عمامة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ من ٧١٣ ، مع رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ من ٢٦٠) . ولقد جاء في هذا الحكم : « ... ولهذا فانه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيء ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة ولا يسمع الطبيب بأى استثناء . ونقط يجب على القاضي أن يتثبت من وجود هذا الخطأ ، وأن يكون هذا الخطأ ثابتا بثبوت كافيا لديه ، وعليه أن يستعين برأى الخبراء للتحقق من وجود الخطأ ولما لا يأخذ برأى الخبراء ، وبأخذ خبره من الخير الذى يقدم تقريراً لصالح زميل له لأنه ربما يكون قد تأثر بامل الزمالة ؟ وبالجملة فان مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة ، متى تحقق وجود الخطأ مهما كان نوعه سواء أكان خطأ فنيا أو غير فني ، جسيما أو بسيما . » ولقد أضافت المحكمة إلى ذلك بعد مناقشة ظروف الدعوى أنه حتى لو وصف خطأ الطبيب الذى تجاوز العدد المسموح به في جلسات الأضمة بأنه خطأ يبرر فهو مسئول عنه طبقا للقواعد العامة في المادة ١٥١ مدنى .

مصر الابتدائية ١٩٣٩ (حقوق سنة ٥٤ من ٧٨ ، ٩٤ ، ١٨٠) . ولم تخرق المحكمة بين الخطأ البسيط والجسيم وإنما قررت أن الطبيب يخضع لحكم القواعد العامة .

استئناف مصر ١٩٤١/١/٢٣ (عمامة ٢٢ من ٢٥٨ رقم ٨٥ ، مجموعة رسمية سنة ٤٢ من ٥٢١ رقم ٢٦٥) . وقد استبعدت المحكمة فكرة قصر المسئولية الطبية على الخطأ الجسيم وحده وقررت أن الطبيب يسأل عن خطئه وإن كان بسيما .

استئناف مخطط ١٩١١/٢/١٥ (تس.B سنة ٢٨ من ١٨٣) : يسأل الطبيب عن الخطأ النافه متى كان ثابتا واضحا .

الأسكندرية ١٩٤٢/١٢/٣١ (الضية رقم ٢٦٤ سنة ١٩٤٢ كلى) : الخطأ مهما كان بسيما فهو يوجب المسئولية بمجرد أن يكون ظاهرة لا يحتمل مناقشة .

قارن مع ذلك : استئناف مخطط ١٩٣٦/١١/١٩ (تس.B سنة ٤٩ - ٢ - ١٩) و (G) سنة ٢٧ من ٢٨ رقم ٣٩) . وقد اشترط لمسئولية الطبيب في علاقته بالمرضى الخطأ الجسيم الواضح . ويلاحظ أنه لا عبرة بهذا الحكم إذ أن تمرض لوضع هذا البعأ كان تريبا ، فلم تكن ظروف الدعوى لتصلب بيمتا في هذه الناحية .

وراجع في القضاء البلجيكى : ليج ١٩٣١/١/١٢ (بلجيكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥) ، وهذا الحكم ، وإن ألتة عمكة الاستئناف في ١٩٣٣/١/١٣ (بلجيكا القضائية ١٩٣٣ عمود ١٩٠) إلا أنها لم تحالفه من حيث البعأ الذى قررته .

(٢) سين ١٨٨٩/١/٢٢ ، فالوز ١٨٩١ - ٢ - ٢٨١ هامش ب P.G ٨٩ - ١ - ٤٣٦ الجزائر ١٩٣٧/١١/٩ سى ١٨٩٧ - ٢ - ٢٢١ ؛ مصب الزون ١٩٣٠/١/٣ =

وعنة الخطأ الجنائي والعرفي :-

الآن وقد انتهينا إلى القول بأن الخطأ لا تختلف درجاته ، وأن أى خطأ يكفي لشغل المسؤولية المدنية للطبيب ، فهل الحال كذلك بالنسبة للمسؤولية الجنائية ^(١) .
إذا رجعنا إلى النصوص ، وجدنا أن المادة ١٦٣ من القانون المدني استعملت عبارة عامة جامعة . أما المادتين ٣٣٨ و ٢٤٤ من قانون العقوبات ، فقد اقتصرتا على ذكر الصور المختلفة للخطأ الموجب للمسؤولية الجنائية ، وهذه الصور هي العرونة وعدم الاحتياط أو التردد والاهمال أو التفريط وعدم الاشتباه أو التوقي وعدم مراعاة الواجب .

ولو أن هذه الصور وردت في القانون على سبيل الحصر ، فهي - عند التأمل - متداخلة ، وبعضها واسع المدلول إلى درجة شديدة حتى لتخال ألا يخرج عنها أية حالة من حالات الخطأ . فلفظ عدم الاحتياط أو الاهمال مثلا ، يمكن أن يدخل فيه أية صورة من صور الخطأ اقترسها ^(٢) .

== دالوز الأسبوعي ١٩٣١ ملخص ٣ دويه ١٩٣١/١/١٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ ملخص ٩ باريس ١٩٣١/٣/١٢ سبى ١٩٣١ - ٢ - ١٢٩ دالوز ١٩٣١ - ٢ - ١٤١ : أميان ١٩٣١/٧/١٦ جازيت باليه ١٩٣١ - ٢ - ٢٧٧ : رن ١٩٣٤/١١/١٤ جازيت باليه ١٩٣٥ - ١ - ١٠٤ : استئناف مخطط ١٩١١/٢/٥ B.L.J. سنة ٢٨ ص ١٢٠ : مصر المخططة ١٩١٦/١٢/٣٠ ، G. سنة ٧ ص ٥٧ رقم ١٦٦ : مصر المخططة ١٩٢٣/٤/٢٦ G. ١٥ ص ٨٨ رقم ١٣٢ : الأسكندرية المخططة ١٩٢٨/٥/١٨ . G. ١٨ ص ٢٤٧ رقم ٣١٥ : الاسكندرية ١٩٤٢/١٢/٣١ القضية رقم ٢٦٤ سنة ١٩٤٢ كلى .

(١) ولا يخفى ما لهذا البحث من أهمية في بيان مدى تقييد القاضي عند الفصل في الدعوى المدنية بما تقرر في الدعوى السومية . (القلبي : المسؤولية الجنائية ص ٢٢٧ : جندى عبد الملك ج ٥ الموسوعة الجنائية ص ٨٤٨ رقم ٣٨٠ : جاور الطول ج ٥ بند ٢٠٥٥) .

(٢) فوزاينه المرجع السابق ص ٣٦٥ : موريل في سبى ١٩١٤ - ١ - ٢٤٩ (أنظر ص ٢٥٩ السؤء الأول) : لاكوست بند ١١١ : بلانول وإسبن ج ١ ١٩١٦ بند ٦٧٩ : ملزو بند ٦٤٠ و ٢١٤٩ : ساي مازن ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ ص ٣٥٠ : على بدوى ، المراجعة سنة ١٩٣٨ ص ٣٨٠ و ٣٧٨ : القلبي ، المسؤولية الجنائية سنة ١٩٤٥ ص ٧٢٦ ، ٧٢٧ : محمد كامل عيسى والسعيد مصطفى السعيد شرح قانون العقوبات المصري ==

... وإذا كان الخطأ لا يختلف طبيعته في القانون المدني والجنائي ، فهل هما
يتفقان في درجة الجسامة التي يتطلبها كل منهما لقيام المسؤولية ؟
نحن نحرف أن القانون المدني يكفي بالخطأ ذاته فهل يقتضى القانون الجنائي
في الخطأ درجة من الجسامة تزيد. عن الحد الذي يتطلبه القانون المدني بحيث
يمكن أن يبرأ شخص من المسؤولية الجنائية ومع ذلك يحكم عليه بالتعويض .
الواقع أن وضع السؤال فيه الإجابة عليه . فلقد تبين لنا أن فكرة تدرج
الخطأ فكرة أخلاقية بحتة . أما من حيث القانون فالأخطاء جميعاً متكافئة ،
وهذا القول إن كان يصح في القانون المدني ، فالحال يجب أن يكون بالمثل في
القانون الجنائي ، بالرغم من أن الفكرة السائدة لدى كثير من الشراح أنه إذا
كان أى إهمال ، مهما كان شاملاً قد يعتبر من قبيل الخطأ المدني ، فإن الإهمال
الفاحش والتفريط بالجسم هما وحدهما اللذان يعتبران من قبيل الخطأ من الناحية
الجنائية (١).

== ج ١ ص ٣٦١ و ٣٦٢ طبعة أول ؛ جندى عبد الملك الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٨٤٧ رقم
٣٧٨ ؛ مصطفى مرسى ص ٤٣ بند ٥٦ ؛ التطبيق في دالوز ١٩١٥ - ١ - ١٧ السبوت الأول .
(١) جارسون في التطبيق على قانون العقوبات م ٣١٩ و ٣٢٠ بند ١٩ ؛ ماركاويه في
في شرح القانون المدني طبعة ٨ ج ٥ بند ٢٢٣ م ١٣٥١ و ١٦ ؛ جريبولي في دالوز ٦٩ -
١ - ١٧٠ السبوت الثاني الفقرة الأولى ؛ فينال ومانبول ، القانون الجنائي طبعة ٦ بند ٣٦ في
الجن وعلمش ٣ ؛ أوربي ورو طبعة ٤ ج ٨ بند ٧٦٩ مكرر وعلمش ١٨ وطبعة ٥ ج ١٢
بند ٧٦٩ مكرر وعلمش ١٨ ص ٤٧٠ ، L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil et la notion de rétro : Thèse
1928 , P. 99 .

رو في سبى ١٩٢٧ - ٣٣ السبوت الثالث ؛ أحمد أمين في شرح قانون العقوبات م ٣٦٧ ؛
أحمد نشأت في الامتياز بند ٥٩٤ ، كامل مرسى والحيد مصطفي في شرح قانون العقوبات ج ١
ص ٣٦٤ ؛ شبيرون وعلى هوى ص ٧٠ فقرة ٣٣ ؛ سليمان مرسى في التطبيق على الأحكام ،
مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ٢٠٨ ؛ ديمولومب العقود ج ٧ بند ٤٢٧ ؛ هوك ج ٨
بند ٣٤٠ ؛ جلوسونه طبعة ٣ شرح المرافعات ج ٣ بند ٧٣٠ ؛ مسوردا طبعة ٦ ج ١ ص
٣٤٦ بند ٣٦٧ مكرر ٣ ؛ ريبير في دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٧ السبوت الأول ؛ ليمان في سبى
١٩٢٧ - ١ - ٤٢٤ ، خارج ص ٤٢٤ ، النهر الثاني .

والجميع التي أولى بها أنصار هذا الرأي يمكن تلخيصها في أن القاعدة الرومانية التي تستثنى بالخطأ النافذ لقيام المسؤولية كانت قاصرة ، في ظل قانون أنكليا ، على الجرائم الدمية . أما في دائرة المسؤولية الجنائية فلم يكن القانون الروماني يعاقب غالباً إلا على الخطأ الجسيم^(١) .

وإذا كانت دواعي المنطق تأتي التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي فيجب ألا يغرب عن البال أن القانون ليس علم منطقي بحت ، بل يجب أن تفسر النصوص على ضوء الغايات التي ترمي إلى تحقيقها والروح التي استلهمها المشرع في وضعها . لا غرو إذن أن اختلفت وجهة النظر المدنية والجنائية في تقدير الخطأ والدرجة المطلوبة فيه لقيام المسؤولية^(٢) . فالقانون المدني يسعى إلى إيجاد التوازن بين الذم ، فإن اختلفت مصلحتا الجاني والجاني عليه في تحمل عبء الضرر الذي حصل ، فالقانون لا يتردد في تفضيل مصلحة الجاني عليه والحكم على الجاني

قانون : شوفو هيل - قانون العقوبات طبعة ٦ ج ٤ بند ١٤١٦ ؛ ولا كوست *Traité de la chose jugée* طبعة ٢-٣ بند ١١٧٤ .

وراجع : Tardé الذي ذهب إلى حد القول بأن الخطأ الجسيم ذاته لا يبرر المسؤولية الجنائية : « Si grave que soit un préjudice non intentionnel , la peine qui le frappe si légère qu'elle soit , est aussi injuste qu'inutile . Les homicides accidentels , par suite qualifiés homicides par imprudence pour donner une ombre de justification aux poursuites dont ils sont l'objet , devraient n'avoir rien à démêler avec les tribunaux correctionnels ou même de simple police . Il appartient aux seuls tribunaux civils de statuer sur leurs conséquences . [cité par Gros , thèse , op. cit . p. 99] » .

وراجع في الآراء المختلفة في هذا الموضوع ، جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٨٤٩ رقم ٣٨١ وما بعدها .

- (١) روء : التطبيق السابق الاشارة اليه ، المسود الثالث ص ٣٣ وما بعده ص ٣٤ .
- (٢) روء المرنج السابق ص ٣٤ ؛ إسن في سبيل ١٩٣٤-١٩٣٣ عمود ٢ ، ورتارة أساس المسؤولية الاجتماعية رسالة سنة ١٩٣٠ ص ٢٧٤ ؛ شيميت ، الخطأ المدني والخطأ الجنائي رسالة سنة ١٩٢٨ ص ١٨٥ ؛ وير في قانون ١٩٢٥ - ١ - ٧ عمود ١ الفقرة الثالثة ؛ سليمان مرقس في التطبيق على الأحكام ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ٢٠٩ ؛

بالتعويض كلما انطوى سلوكه على الخطأ ولو كان تافهاً . أما القانون الجنائي فهو يسي إلى توطيد الطمأنينة الاجتماعية وحماية النظام العام ، فلا بد من أن تكون هناك زعزعة للطمأنينة الاجتماعية تبلغ درجة من الجسامه تترد تدخل القانون لردع الجاني وزجر الغير ، فالعقوبة لا تكون مشروعة إلا إذا دعت إليها ضرورة من حاية النظام الجماعى .

ومن جهة أخرى فإن العقوبات الجنائية من الشدة بحيث لا يجب توقيعها إلا إذا انطوى الاحمال على خطورة ملموسة ، وإن نظام إيقاف التنفيذ والعقوبات المحددة للشروع لأ كبر دليل على وجوب تناسب العقوبة مع جسامه الجرم الذى حصل ، ففكرة الخطأ الجسمى تتشى تماماً مع هاتين الويلتين لتخفيف العقوبة . ولقد لوحظ أيضاً أن اتجاه المحاكم إلى التوسع فى فكرة الخطأ المدنى ، قصد إصال الحقى عليه إلى التعويض ، لا يمكن أن يقابله توسع فى الخطأ الجنائى ، الأمر الذى يستحيل معه الآن الادعاء بوحلة نوعى الخطأ^(١) .

وأخيراً يقول إسمان إن اختلاف وجهتى النظر المدنية والجنائية التى أدت بالمحكم إلى رفض حججه الأحكام المدنية لدى نظر الدعوى العمومية يجب أن تودى منطقياً إلى النتيجة العكسية أيضاً^(٢) .

ولكن هذه الحجج فضلاً عن أنه يهدمها من أساسها ما سبق أن بيناه من أن الخطأ لا تختلف درجاته ، هى لا تقوى أمام نصوص القانون التى تعرضت للكلام عن الاحمال فى المسئولية الجنائية ، إذ جاءت هذه النصوص بببارات مطلقة لا تسمح بأى قيد^(٣) .

نعم إن القانون الجنائى يسي إلى أهداف غير التى يرمى إليها القانون المدنى ، وحقيقة إن القانون الجنائى يجب ألا يتدخل إلا حيث يكون ثمة إخلال بالأمن

(١) روتلره المرجع السابق ٢٧٥ ؛ شيمت ، المرجع السابق ٧٩ .

(٢) إسمان فى سبرى ١٩٢٤ - ١ - ٣٧٣ السود الثالث فى الآخر .

(٣) ملازو بند ٦٤١ ، مصفى مرعى بند ٥٦ ص ٤٣ .

الجماعى ولكن من التحكم القول بأن الخطأ الجسيم وحده هو الذى يهدد الأمن
ويزعزع الطمأنينة . فلو سلمنا جدلاً بتدرج الخطأ ، لما صعب علينا أن نتصور
حالات يكون فيها الخطأ تافها والضرر الاجتماعى على جانب كبير من الخطورة .
أما ما يقوله إسمان من أن اختلاف وجهتى النظر المدنية والجنائية يمكن أن
نلمسه فى رفض الاحتجاج بالأحكام المدنية أمام المحاكم الجنائية ، يقول بعيد
عن الصواب .

حقيقة إن الأحكام المدنية لا تحوز قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحاكم
الجنائية ، ولكن ليس ذلك راجعاً إلى اختلاف فى تقدير الخطأ ، بل إلى أنه
لا يوجد بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية اتحاد لا فى الموضوع ولا فى
السبب ولا فى الخصوم . وإذا كانت القاعدة المتبعة مع ذلك أن الحكم الجنائى
يسرى على المدنى ، فذلك يرجع إلى اعتبارات متعلقة بالنظام العام ، إذ ليس
أصعب على الهيئة الاجتماعية وأشد خطراً ، من أن تحكم المحكمة الجنائية
بالعقوبة على شخص ، وبعد أن ينفذ عليه الحكم ، تحكم المحكمة المدنية ببراءته
ضماً ، برفض دعوى التمييز الموجهة إليه .

لذلك فالرأى الصحيح عندنا أن لا فرق بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى من
حيث درجة جسامته كل منهما^(١) ، ولكن أليس هناك فرق بينهما من حيث
الطريقة التى يجب أن يقدرا بها ؟ .

(١) مصطفى بك سرعى بند ٥٦ ص ٤٢ ؟؟ على بدوى ص ٣٨٠ ؟ مازو بند ٦٤١ ؟
القلى المشولية الجنائية ص ٢٢٦ ؟ سانتييه فى دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٤٧ الفقرة الأخيرة
من الصود الأول ؟ L. فى دالوز ١٩١٥ - ١ - ١٧ ؟ موريل فى سيرى ١٩١٤ - ١ - ٢٥١
الصود الأول الفقرة الثانية ؟ سانتييه بند ٢٦٦ و ٧٧٧ ؟ جارو ج ٥ بند ٢٠٥٦ .

ويزيد اقتناعنا بوجهة نظرنا تلك ، النتيجة الشاذة التى تترتب على تطبيق المادة ٦٣٨ من
قانون تحقيق الجنايات الفرنسى . فمرفوف أن الدعوى الجنائية تسقط ومما دعوى التمييز
بعض ثلاث سنوات متى كانت هناك وحدة فى الدبب . فإذا قلنا بأن الخطأ الجنائى لا بد أن
يكون جسيماً - وكانت مدة التقادم قد انقضت - لكان من مصلحة الجنى عليه أن يصور خطأ
الجانى على أنه خطأ تافه حتى لا يخضع لتقادم الدعوى الصومية .

نحن نعرف أن الخطأ الذى يقدر بمقياس مجرد ، فلا يقيم القاضى وزناً للعناصر الشخصية المتعلقة بالمسئول . فهل يقدر خطأ الجنائى بنفس هذه الطريقة ؟ قد يقال إن القانون الجنائى تطلب فيه الناحية الشخصية ، فلا تصح معاقبة من يبذل العناية التى فى استطاعته بذلك ، بل الحكم على سلوك الشخص يجب أن يحصل بمقياس شخصى . ولكن الواقع أن نفس الاعتبارات التى أوجبنا فى الدائرة المدنية الالتجاء إلى طريقة التقدير المجرد توجب الالتجاء فى دائرة المسؤولية المدنية إلى نفس الطريقة . فالخطأ المدنى ، كالخطأ الجنائى ، يجب أن يكون تقديره بمقياس مجرد ^(١) .

والقضاء الفرنسى كان إلى سنة ١٩١٢ يأخذ بنظرية ازدواج الخطأ المدنى والجنائى ، فقد يحكم على الشخص بالمسؤولية المدنية دون أن ينطوى سلوكه على الإهمال الذى يبرر الحكم عليه بالمسؤولية الجنائية . فالخطأ الجنائى يجب أن يكون على درجة من الجسامة ليست متطلبة فى الخطأ المدنى .

وهناك عدة أحكام أخذت بمبدأ الازدواج ، فنصت صراحة على أنها لا تنصل إلا فى الناحية الجنائية من الموضوع ^(٢) . والبعض الآخر دون أن يذهب إلى هذا الحد يبين مع ذلك أن هناك خلافاً بين نوعى الخطأ . فمثلاً رفضت محكمة استئناف باريس ^(٣) ، الحكم بالمسؤولية الجنائية على جراح لم يثبت أنه ارتكب خطأ الجسيم الذى تتميز به جريمة القتل بالإهمال المنصوص عليها فى المادة ٣١٩ . وتتكلم محكمة أورليان ^(٤) عن الرعونة الواضحة ^(٥) . فالتصيرات تختلف ، ولكن الأحكام متفقة جميعها على أن القاضى الجنائى ، إذ يصدر حكماً بالبراءة ، لا يعبر إلا بالناحية الجنائية ، دون أن يترتب على حكمه

(١) مازو بند ٦٤٢ ؟ كامل مرسى والعبد مصطفى ص ٣٦٣ .

(٢) أنظر مثلاً يزانسون ١٨٧٩/١٢/٣٠ سبتمبر ١٨٨٠ - ٢ - ٣٢٤ .

(٣) باريس ٤ مارس ١٨٩٨ ، جازيت باليه ١٨٩٨ - ١ - ٣٢٨ .

(٤) أورليان ١٩ يوليو ١٩١٢ هلفوز ١٩١٣ - ٢ - ٣٢٤ .

(٥) imprudence qualifiée (٥)

حتماً نفي المسؤولية المدنية عن تسبب في الضرر^(١). وإن محكمة النقض، بحكمها الصادر في ١٨٨٩/٤/١٥ خلصت وجهة نظر القضاء بقولها إن دعوى التمويض المبينة في اللادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ لا تختلط بالدعوى الناشئة عن جريمة الجرح بإهمال المؤسسة على اللادتين ٣١٩، ٣٢٠ ع، وعلى القاضي أن يفصل بحسب الظروف وبحسب جسامه الإهمال المدعى به فيما إذا كان هذا الإهمال يكون جريمة معاقباً عليها، أم أنه مجرد خطأ لا يوجب إلا المسؤولية المدنية^(٢).

لكن في سنة ١٩١٢ عدلت محكمة النقض عن وجهة نظرها وقلبت المبادئ التي قررتها ظهراً على عقب. ذلك أن محكمة ليون أقرت النظرية السائدة من حيث التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي قبلت دعوى المسؤولية المؤسسة على المادة

(١) قض ١٧ مايو ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٤ - ١ - ٣٩٨ ؛ قض ١٣/٧/١٨٧٤ سيري ١٨٧٦ - ١ - ٤٦٩ ؛ قض ١٧ مارس ١٨٧٤ سيري ١٨٧٤ - ١ - ٤٨٧ ؛ قض ٩ يولي ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٣٤ ؛ التعليق ؛ عرائض ١٦ مايو ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٦٥ قضيتان ؛ قض ١٨٨٩/٤/١٥ دالوز ٩٠ - ١ - ٣٣٦ ؛ قض ٣١/٥/١٨٩٢ سيري ١٨٩٢ - ١ - ٢٩٢ ؛ قض ١/١٠/١٨٩٣ سيري ١٨٩٣ - ١ - ٢٠٠ ؛ قض ٣٠/١١/١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ١ - ٧٤ ؛ بواتيه ١٨ مارس ١٩٠٣ سيري ١٩٠٥ - ٢ - ٢٣٨ ؛ بورج ٦ نوفمبر ١٩٠٥ سيري ١٩٠٧ - ٢ - ٢١٣ ؛ جرينوبل ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٠ ؛ عرائض ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩١٠ - ٦ - ٥١١ (في الأسباب).

فلان ؛ قض ٧ مارس ١٨٥٥ دالوز ١٨٨١ - ١ - ٥٥ .

(٢) قض جنائي ١٩/١١/١٨٤١ سيري ١٨٤٢ - ١ - ٦٤ ؛ باريس ٨ مارس سنة ١٨٧٦ دالوز ١٨٧٩ - ١ - ٤٧٥ ؛ عرائض ١٦ مايو سنة ١٨٨٧ دالوز ١٨٨٧ - ١ - ٢٦٥ ؛ قض ١٨٨٩/٤/١٥ سيري ١٨٩١ - ١ - ٢٩٢ ؛ أكس ٢/١٩/١٨٩٢ دالوز ١٨٩٢ - ١ - ٢٢١ ؛ س الجزائر ١٧ مارس ١٨٩٤ سيري ١٨٩٥ - ٢ - ٢٣٧ (مسئولية طبية) ؛ جرينوبل ٨/٨/١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ١٣٠ ؛ ليون ٢ فبراير سنة ١٨٩٣ سيري ١٩٠٥ - ١ - ٢٨٩ ؛ عرائض ٣١/١٠/١٩٠٦ سيري ١٩٠٧ - ١ - ١٢٦ ؛ أورليان ١٩/٧/١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ٢ - ٣٢ .

وفي بحث هذا القضاء شيدت المرجع السابق ١٧١ ؛ وجروس المرجع السابق ٢٧ ؛ موريل سيري ١٩١٤ - ١ - ٢٤٩ ؛ Hébraud : l'autorité de la chose jugée, thèse, 1929, P 4 28 ؛ فوازيه المرجع السابق ٣٦٧ ؛ سليمان مرقص في التعليق على الأحكام - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ من ٢٠٣، ٢٠٤ .

١٣٨٢ بينما كانت الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقادم ؛ فألفت محكمة النقض هذا الحكم وقررت أن المادتين ٣١٩ ، ٣٢٠ تماهيان كل من نسب باعماله في قتل آخر أو جرحه ، وليس من شأن تفاهة الخطأ سوى التخفيف من العقوبة ^(١) .

ومن ثم فالمادتين ٣١٩ ، ٣٢٠ قد وضعتا جزاء على نفس الالامال المنصوص عليه في المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ وإن اختلفت عبارات النصوص .

وبناء على ذلك ، فالدعوى المدنية تخضع للتقادم الجنائي كما أن الحكم الجنائي يحوز قوة الشيء المحكوم فيه مدنياً وهو ما استقر عليه القضاء من سنة ١٩١٢ إلى سنة ١٩٢٤ ^(٢) بأن يمكننا أن نقول إن القضاء إلى عهدنا هذا لم يهجر بطريقة صريحة مبدأ وحلة الخطأ الجنائي والمدني وإن كانت بمض الأحكام قد لا بسبها شيء من الغموض .

حقاً إن محكمة النقض ذهبت ، إزاء أحكام صادرة من المحاكم البحرية والمحاسن العسكرية ، إلى حد التحرر من مبدأ الوحدة ^(٣) ، الأمر الذي ظن معه البعض أنها قد عادت إلى سيرتها وقضايتها السابق على سنة ١٩١٢ ^(٤) والواقع أن هذه الأحكام

(١) قض ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيري ١٩١٤ - ١ - ٢٤٩ وتعليق موريل .
(٢) قض ١٤ يونية ١٩١٤ سيري ١٩١٥ - ١ - ٧٠ دالوز ١٩١٥ - ١ - ١٧ ،
قض مدني ٢٨ مارس ، ٢٣ مايو سنة ١٩١٦ سيري ١٩١٩ - ١ - ٣٦ ، عرائض
١٢ يولي ، ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ سيري ١٩١٩ - ١ - ٢١٢ ، قض ١٠ يونية
سنة ١٩١٨ سيري ١٩٢٠ - ١ - ٢٧١ ، قض ١١/٢٢/١٩١٩ سيري ١٩٢١ - ١ -
١٧ وتعليق موريل ؛ قض ١٦/٤/١٩٢١ دالوز ١٩٢١ - ١ - ٨٤ (والحكم خاص
بالمثولة الطبية) ، قض ١٦/١/١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٣١ ؛ قض ٦/٦/١٩٢٢
دالوز ١٩٢٤ - ١ - ٢٠٤ .

(٣) قض ٤ مارس سنة ١٩١٩ سيري ١٩٢١ - ١ - ١٧ وتعليق موريل ، قض
٢ مايو سنة ١٩٢٤ سيري ١٩٢٤ - ١ - ٣٢٤ ، قض ٧/٢٩/١٩٢٤ سيري ١٩٢٤ -
١ - ٣٢١ وتعليق إسبان ، دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٥ وتعليق ريبير ؛ قض ١٤/١/١٩٢٥ .
سيري ١٩٢٦ - ١ - ٣١ ، قض ٢/٨/١٩٢٦ جازيت باليه ١٩٢٦ - ١ - ٦٢٩ .
(٤) ريبير في دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٦ - السود الثاني ؛ فيسبال ومانيول - طبعة ٧
ص ١٨٢ ، شملت المرجع السابق ص ١٧٦ ، جروس المرجع السابق ص ٦٦ ، إسبان في سيري
١٩٢٤ - ١ - ٣٢٢ الفقرة الأخيرة من السود الثالث وما بعدها ص ٣٢٣ .

قارن هيرمو المرجع السابق ص ٤٣٥ .

لا تدل على اتجاه خاص في قضاء محكمة النقض ، لأنها صدرت بمناسبة أحكام غير مسببة من جهات قضاء استثنائية^(١) فضلا عن أن الأحكام الحديثة لا تترك مجالا للشك في أنها استقرت على الأخذ بنظرية وحدة الخطأ^(٢) .

والقضاء البلجيكي قد أدرجه التطور نفسه وإن تميز بصدور نص وضع حداً للخلاف مقررًا وحدة الخطأ الجنائي والمدني^(٣) . وفي مصر قضت المحاكم بأنه إذا برأت المحكمة الجنائية المتهم من تهمة إصابة شخص خطأ فإن حكمها لا يحول دون بحث القاضي المدني فيها إذا كانت الوقائع المنسوبة إلى المتهم تعتبر شبه جنحة ترتب عليها مسئولية مدنية^(٤) . وقد عللت ذلك محكمة الاسكندرية باختلاف ماهية الخطأ أو الإهمال من الوجهة الجنائية عنه من الوجهة المدنية في حالة القتل خطأ^(٥) . وعللته محكمة استئناف مصر بأن « التصير في إيجاب ضمان التلف

(١) فوازنية ص ٣٦٩ ، سافاتييه في دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٤٧ الفقرة الأخيرة من الصود الثاني وما بعدها ص ١٤٨ .

قارن إيمان المرجع السابق ، فإنه يزعم أن هذا الحكم يدل على اعتلاب في القضاء رغم إقراره بأن ظروف الدعوى لم تكن تستدعي الترض لسألة وحدة الخطأ المدني والجنائي .

(٢) نفس مدني ١٩٢٩/١/١٥ سيري ١٩٣٠ - ١ - ١٧٧ ، نفس مدني ١٩٣٠/١٢/١ سيري ١٩٣١ - ١ - ١٠٩ ليون ٤ مارس سنة ١٩٣١ سيري ١٩٣١ - ٢ - ١١٢ ، عرائض ١٩٣٢/١٠/٢٤ سيري ١٩٣٣ - ١ - ٥٦ .

قارن نفس ١٩٢٩/١/٥ جازت بإليه ١٩٢٩ - ١ - ٢٩٨ ، نفس ١٩٣٢/٥/١٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ٣٨٠ ، باريس ١٩٣٣/١/١٩ سيري ١٩٣٣ - ٢ - ١٣٤ ، نفس مدني ١٩٣٣/٦/١٧ سيري ١٩٣٣ - ١ - ٣٨١ ، عرائض ١٩٣٣/٦/٢٩ سيري ١٩٣٣ - ١ - ٣٣٠ .

(٣) أنظر في هذا التطور : ديوج ج ٣ ص ٤٤٣ ، روتاريه المرجع السابق ٢٧٢ ، فوازنية ص ٣٦٩ ، وسليمان مرقس في التطبيق على الأحكام مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ٢٥٣ ، الفللي المسئولية الجنائية ص ٢٢٥ .

وراجع نفس بلجيكي أول مارس ١٨٩٤ سيري ١٨٩٥ - ٤ - ٣٠ ولسنج ١٢ يناير سنة ١٩٣١ بلجيكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥ .

(٤) س منطعا ١٩٢٦/١/١٣ مجموعة رسمية ٢٨ - ١٤ - ١١ .

(٥) الاسكندرية ١٩٢٩/١٢/١٤ عمادة سنة ١٠ ص ٥٩٨ رقم ٢٩٨ .

يختلف في الدرجة عن الإهمال في إعجاب العقوبة على القتل أو الجرح خطأ وإن كانا من طبيعة واحدة، وبأنه لا تناقض بين أن تجد المحكمة المدنية ما يوجب الضمان فيما لم ترا المحكمة الجنائية محلاً للعقوبة عليه ^(١) « وهي نفس الفكرة التي أوجت إلى محكمة جنابات الاسكندرية حكمها الصادر في ١٩٤١/٢/٢٥ إذ قضت ببراءة طيب وتجنبها هذا من مؤاخذته مدنياً على ما وصفته بأنه تعبير جسيم يكفي للحكم عليه بالسُّلُوبية ^(٢) . غير أن محكمة النقض المصرية لم تر السير في هذا الاتجاه الذي اتبعته محاكنا الابتدائية والاستئنافية بل أخذت ترسم الخطوات التي خطتها محكمة النقض الفرنسية منذ سنة ١٩١٢ فأخذت في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ ^(٣) بالرأى القائل بوحدة الخطأ الجنائي والمدني في جرائم الإهمال، ثم عادت وأكدت هذا المعنى من جديد في حكمها الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ ^(٤) إذ قررت أن الخطأ الذي يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المادة ٢٤٤ لا يختلف في أي عنصر من عناصره عن الخطأ الذي يستوجب المساءلة المدنية بمقتضى المادة ١٥١ م ما دام الخطأ مهما كان يسيراً يكفي قانوناً لتحقيق كل من السُّلُوبيتين .

كذلك أخذت محكمة الاستئناف المختلطة منعقدة بهيئة محكمة نقض في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٠ بوحدة الخطأ الجنائي والمدني في دعوى متعلقة بالسُّلُوبية الطيبة ^(٥) .

انتهينا من دراسة ركن الخطأ، ويبقى من أركان المسؤولية ركن الضرر وعلاقة

(١) س مصر ١٩٢٩/١/٢٨ عمادة سنة ٩ ص ٣٨٠ رقم ٢١٢ .

(٢) جنابات الاسكندرية ١٩٤١/٢/٢٥ في القضية رقم ٧٢٩ على سنة ١٩٣٨ وقضية النيابة رقم ٢٣٤٠ الطارئون سنة ١٩٣٨ خليفة ١٩٤٧/١/١٣ حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧ .

(٣) نقض ١٩٣٨/١٢/١٤ عمادة ٢٠-٢٦١-٢٩٤ .

(٤) محض ١٩٤٣/٣/٨ مذكور في تطبيق سليمان مرعش على الأحكام بمجلة القانون

والاقتصاد ص ١٥ سنة ١٩٤٤ .

(٥) س ١٩٤٠/١١/١٨ (٣٠-٢-٥٣ B. L. J.) .

السببية . وهذان الركنان هما بوجه عام أزم لقيام المسؤولية من ركن الخطأ ، إذ بينما قد تتوفر المسؤولية أحياناً دون وقوع خطأ من الشخص المسئول ، كما هي الحال في المسؤولية المبنية على تحمل التبعة فإن ركن الضرر هو جوهر المسؤولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، فإذا اتفق الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض^(١) . كذلك ركن السببية لا غنى عنه لقيام المسؤولية المدنية في أية صور ومن صورها ، إذ لا بد لمساءلة شخص عن ضرر ، من نسبة ذلك الضرر إليه ، إما بأن يكون الضرر ناشئاً عن خطئه إن كانت مسؤوليته مبنية على الخطأ ، أو يكون ناشئاً عن أشياء يتحمل هو تبعها إن كانت مسؤوليته مبنية على تحمل التبعة .

ركن الضرر :

أما ركن الضرر ، وهو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه ، فهو خاضع في مسؤولية الأطباء والجراحين للقواعد العامة . إلا أنه مما تجب ملاحظته أن مجرد عدم شفاء المريض شفاء تاماً أو جزئياً لا يكون في ذاته ركن الضرر ، لأن الطبيب في عقد العلاج كما سيتضح عند دراسة مدى التزاماته ، لم يمتد بإيصال المريض إلى تلك النتيجة ، فإذا أخفق في الوصول إليها وكان ذلك بخطأ منه ، لا يسأل إلا عما سببه للمريض من خسائر مالية كعصاريف العلاج وأجر المستشفى وثمان الدواء وما ضاع على المريض من كسب بسبب تعطيله عن عمله . وقد يحاسب على ما سببه له من آلام جسيمة أثناء العلاج المترتب على خطئه طالما أن حالة المريض لم تسوء عما كانت عليه قبل العلاج .

ويلاحظ أيضاً أن مجرد عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه بالعلاج لا يكفي لإقامة الدليل على تحقق الضرر بل يجب أن يكون هناك ضرر مستقل عن عدم التنفيذ^(٢) .

(١) سليمان مرقس في رسالته ص ١٢ ، بلاتويل طبعة ٩ بند ٨٦٧ ، لاكاس بند ٦٠ ، لالو بند ٤٩ ، سورداد ١ بند ١٣ ، ديموج بند ٣٨٥ ، بودرى وبارد ٤ بند ٢٨٧ ، مرعى بند ١٢٢ ، كولان وكابيتان ج ٣ ص ٣٦١ ، مازو ج ١ بند ٢٠٨ .
(٢) قرب مازو بند ٢١١ .

فتلا لا مسئولية على طبيب كلف بعلاج شخص من داء في عينه بعد أن
تهدت العين البصر .

والضرر الذي ينجم عن نشاط الطبيب قد يكون مادياً أو أدبياً^(١) ويجب
في كلتا الحالتين أن يكون محققاً وماساً بحق مكتسب من يطلب التعويض^(٢) .

(١) وقد اعترض بعض الكتاب على قيام المسؤولية عن الضرر الأدبي إطلاقاً (ديموج
ج ٤ بند ٤٠٦ ، سافاتييه بند ٧٢ مجلة الفصول ١٩٣٤ ص ٤٧٩) واقصر البعض على
التحول بانتفاء المسؤولية العقابية عنه (لوران ج ٢٦ بند ٢٨١ ، بودرى وبارد ج ١ بند ٢٧٦ ،
عكس مازو بند ٣٣٢ ، بلانيول إسمان ج ٧ بند ٨٥٧ ، بلانيول ضبعة ١٢ ج ٢ بند ٢٥٢
جوسران ج ٢ ضبعة ٢ بند ٦٢٨ — ٦٢٩ ، ديموج ج ٦ بند ٢٦١ ، بهجت بلوى —
أصول الالتزامات بند ٢٨٩ ، Guaut ص ٤٨ . ، وراجع في التعويض عن الضرر الأدبي
الأحكام المشار إليها هامش بند ٣٣٤ مازو) . ولكن الرأي السائد في الفقه والذي استقر عليه
انقضاء أن الضرر الأدبي كالضرر المادي كلاهما يجب التعويض . وإذا كان الضرر الأدبي
لا يمكن تقديره تقديراً مادياً دقيقاً فإن هذا لا يمنع من التعويض عنه تعويضاً مقارباً إذا لم يكن
شائناً فهو على الأقل ينحصر على بعض الترضية المعنى عليه (راجع في نظرية عدم المسؤولية عن
الضرر الأدبي والرد عليها مازو بند ٣١٠ ، بند ٣٣٢) . من ذلك ما قرره محكمة ليون في
١٧/٦/١٨٩٦ [دالوز ٩٨ — ٢ — ١٦٤] من أن زوج انتوفاه له الحق في الحصول
على التعويض عن الألم الذي أصابه من تشريح جثة زوجته بغير وجه حق وعلى خلاف ما أوصته
به قبل وفاتها . [راجع دراسة كاملة لأحكام القضاء في أخيك بالتعويض عن الضرر الأدبي و .
Guaut - Les réparaions du préjudice moral (thèse, 1924, P. 77 et s.) .]
وفي تأييد الرأي بالتعويض : بودان ج ٤ بند ١١٥٥ ؟؟ كولان وكايتان ضبعة ٨ ج ٢ بند
١٨٧ ، ٣٧٣ ، حشمت أبو ستيت بند ٤٦٧ . خيال مذكراته غير المطبوعة في الالتزامات
بلانيول ضبعة ١٢ ج ٢ بند ٨٦٨ مكرر . بلانيول إسمان ج ٦ بند ٥٤٦ ، جاردنا وريش
ص ٢٩ ، جوسران ضبعة ٢ ج ٢ بند ٤٤١ ؟؟ سوردا ضبعة ٦ ج ١ بند ٣٣ ؟؟ ديموج
ج ٢ بند ٤٠٢ ، لا لوه ضبعة ٢ بند ١٤٩ . ضبعة أولى بند ٦١ ، ٦٢ ، ستهوري الالتزامات
بند ٣٣٠ ، ٢٨٠ ، مرعى بند ١٢٤ ، ذهبي بك الالتزامات بند ٧٩٠ ، عرابي بك .
تحقيق جنابيات ج ١ ص ١١٨ ، ودی هلنس ج ٤ بند ٣٧ قض ١٣/١٠/١٩٠٤ استقلال
سنة ٤ ص ١٥٢ ، ١٩٠٥/١/١٤ استقلال سنة ٤ ص ١٦٥ ، ١٩١٥/٣/٢٥
مجموعة رسمية ج ٦ ص ١٥٦ ، ١٩٣٢/١١/١٧ ناصر رقم ٥٣٦٩ ، سم ٩/٤/١٩٠٧
B. L. J. ص ١٥ ص ٢٣٨ ، س مصر ١٩٣١/١١/١٧ عمارة ١٢ ص ٦١٥ رقم ٣١٠ ،
م ١٦/١٠/١٩٣٠ ناصر حكم رقم ٥٣٧٠
وراجع في المس على التعويض عن الضرر الأدبي المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني الحديث
وس ١٩٦ ، ٣١٦ من المذكرة الإيضاحية باللغة العربية ج ٢ .
(٢) مرعى بند ١٢٥ ؟؟

ولما كانت المسؤولية الطبية تدور في كثير من الصور حول الأضرار التي تنشأ عن وفاة مريض مات نتيجة خطأ في العلاج فهناك محل للتساؤل عن يكون له في هذه الحالة الصفة في المطالبة بالتعويض .

من الواضح أن من كان لم الحق في النفقة على المتوفى أن يطالبوا بالتعويض عن الأضرار المادية التي لحقتهم من جراء فقد عائلهم^(١) . كذلك نستقد أن كل من كان يتلقى مساعدة منتظمة من المتوفى له أن يطالب الطبيب بالمسؤولية عن الأضرار التي تحملها . حقاً قد يقال إن الضرر بالنسبة له غير محقق ، إذ من يدرى لعل المتوفى لو شفى قطع المساعدة عنه ، ولكن يرد على ذلك بأن الطبيب قد تسبب بخطئه في تفويت فرصة حقيقية على الطالب في الحصول على مساعدة المتوفى^(٢) .

ولكن يجب أن يكون طالب التعويض مستنداً إلى حق مشروع^(٣) فلا حق للخليلة مثلا في التعويض عن فقد خليفها الذي كان ينفق عليها إذ لا يجوز لها أن تطالب بحق بناء على تلوث يديها .

وإلى جانب هؤلاء جميعاً قد يكون الطبيب مسئولاً أمام أشخاص كانت تربطهم بالمتوفى علاقات العمل كدائن المتوفى الذي لا يستطيع مطالبة الورثة بتنفيذ عقد ذي صبغة شخصية عقده مع مورثهم^(٤) . أما عن الآلام التي يقاسيها من

(١) مازو بند ٢٧٧ / ٣ . لاكاس بند ٦١ .

(٢) مازو بند ٢٧٧ / ٤ ، ٢٧٧ / ٥ . لاكاس بند ٦١ . لالو بند ٥٧ .

ديوج ج ٤ بند ٣٨٧ .

وقد أقرت محكمة القس المصرية مبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن تفويت فرصة حقيقية على المهني عليه (مصنف مرعى — المسؤولية طبعة ٢ بند ١٢٧ مكرر) .

فان مصنف مرعى بند ١٣١قرة الأخيرة في كتابه المسؤولية المدنية طبعة ٢ ، وبند ٣٢٢ ، ٣٢٣ أيضاً .

(٣) مازو بند ٢٧٨ ٤٤ لاكاس بند ٦١ ، لولا بند ٤٤١٥٨ ٤٤

عكس : خيال في محاضراته غير المطبوعة في الالتزامات التي ألفت في سنة ١٩٣٨ على طبعة السنة الثالثة في كلية الحقوق .

(٤) مازو بند ٢٧٧ / ٦ .

كانوا يتصلون بالتوفى فلسنا نرى قصر الحق في المطالبة بالتعويض عنها — كما ذهب البعض^(١) — على أقارب المتوفى أو من كان لهم عليه حق النفقة ، بل على القاضي في نظرنا أن يحكم بالتعويض كلما تبين أن الطالب قد لحقه من الأذى ما يصيبه في شعوره بألم ، بالغ من الجسامة درجة تجعل منه ضرراً حقيقياً قد تحمله .^(٢)

وإذا كانت القاعدة في المسؤولية أن التعويض يجب أن يتناسب مع قيمة الضرر^(٣) فليس يخاف أن تقدير التعويض في دائرة المسؤولية الطبية كثيراً

(١) مازو بند ٣٢٣ ؟؟ لاكس بند ٦٢ ؟ لالو Les ayants droit à l'indemnité à la suite d'accidents mortels, chron. D.H. 1931, P 25 - Mezeaud : Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel. Chron. D.H. 1932, P. 77.

عكس : ديموج ج ٤ بند ٢٩ ، لالو طبعة أولى بند ٦٥
Potrat : Des droits de la personnalité. Revue Trim. 1909, P 511 (٢)
513. ؟؟ مرعى بند ١٢٤ ص ١٠٥ في الآخر ، وبند ٣٢٣ . جاردناورينس ص ٣١ بند ٩٧ ؟
انقضى أصول قانون تحقيق الجنايات ص ١١١ . هنس مرائس ٢ / ٢ / ١٩٣١ دالوز ١٩٣١
١ — ٣٨ وتطبق يلون . وراجع م ٢ / ٢٢٢ من القانون المدني الحديث و ص ١٩٦ ،
١٩٧ من المذكرة الايضاحية باللجنة العربية ج ٢ .
(٣) مرعى بند ٣٣٤ ؟ مازو ج ٢ بند ١٣٦٩ ؟ ديموج ج ٤ بند ٤٦٦ ؟ بودرى
وبارد ج ٤ بند ١٨٧٤ .

ورى البض وجوب تناسب التعويض مع درجة الخطأ :

راجع فوزينه : ص ٢٩٥ ؟؟ خاصة ٢٩٧ . لوران ج ٢ بند ٥٣٠ . لارومير ج ٧ م
١٣٨٢ بند ٢٨ . ربيير القاعدة الخلفية ص ٣٢٦ . ديموج ج ٣ بند ٢٨٦ . بلانيول إسمان
ج ٦ بند ٦٨١ . اهرج الخطأ في القانون الخاص ص ٢٤، ١٠ ، ٦٢ . نانسي ١٨٧٦ / ١٢ / ٩
دالوز ١٨٧٩ — ٢ — ٤٧ .

قارن : م ٢٢٧ من مشروع تنقيح القانون المدني وهي توجب على القاضي في تقدير
التعويض مراعاة ظروف الحال وجسامة الخطأ و ص ١٩٥ من المذكرة الايضاحية باللجنة
العربية ج ٢ .

ورير المحلة الانتفاذية سنة ١٩٠٨ ص ٢٠١ وهو يرى أن عدة عوامل تتداخل في تقدير
قيمة التعويض يذكر منها رضاء المريض بالعلاج فانه قد يوجب تطبيق نظرية الخطأ المشترك
ومقدار الأتصاب المدفوعة للعيب ، فكلما زاد الأتصاب وجب أن ينال المريض ضماناً أكبر .

ما يكون عبثاً قتيلاً على عاتق القاضى . فبل من السهل مثلاً تقدير التعويض فى حالة امرأة عجوز مصابة بالسرطان ماتت على أثر خطأ فى العلاج ، وهل من السهل حتى على الخبراء الاجابة على سؤال وجهته إليهم محكمة السين المدنية فى قضية أقارب تلك المرأة تطالبهم فيه بتوضيح ما إذا كانت العملية التى أجريت لها قد تسببت فى تعجيل وفاتها وإلى أى حد ^(١) ، وهل من السهل على القاضى تقدير قيمة الآلام التى عاناها المصاب فى أثناء العلاج وهى تدخل حتماً فى عناصر الضرر الواجب تعويضه . وإذا كان من المستطاع تقدير قيمة التشويه الحاصل لراقصة قد يقضى على مستقبلها الفنى ، فلى أى أساس قدر مستشارو محكمة ليون ^(٢) الضرر الحادث لامرأة عجوز ذهبت إلى جراح تبغى إعادة كروية الشباب إلى ثديها فلم تفز منه إلا بالتحامات وانكشاشات أضافها العطار إلى ما أفسد الدهر . وهل أصابت المحكمة فى إلغاء الحكم الابتدائى الذى بنى على إنكار الضرر الذى تحملته المجنى عليها .

رابطة السببية :

ليس يكفى لتحقيق مسئولية الطبيب أن يقع خطأ منه وضرر على المريض بل يجب أن تكون بين الخطأ والضرر علاقة سببية تجعل من الأول علة الثانى وسبب وقوعه .

والحاكم لم تغفل البحث عن هذه العلاقة بل إنها اعتبرتها جوهر المسئولية ومناطق وجودها . ^(٣)

(١) راجع ديغلو ص ٩٥ س . باريس ١٠/٨/١٩٤١

Dall. Analyt. du jurisp. 1941. 364.

(٢) ليون ٢٧/٦/١٩١٣ دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ .

وراجع فى صعوبة تقدير التعويض عن الضرر الذى يصيب الإنسان فى جماله .

M. Riegert : la notion de préjudice esthétique P. 64 in *finis ut a* .

(٣) روان ٤ ديسمبر سنة ١٨٤٥ دالوز ريبورتوار ج ٣٩ تحت كلمة مسئولية هامش ١

ص ٣٢٠ .

ديجون ١٤ مايو سنة ١٨٦٨ سبرى ٦٩-٢-١٢ دالوز ٦٩-٢-١٩٥ . الجزائر

٤ نوفمبر سنة ١٨٩٣ سبرى ٩٥-٢-٢٣٧ دالوز ٩٥-٢-٦٩ . باريس ٤ مارس

سنة ١٨٩٨ سبرى ١٨٩٩-٢-٩٠ دالوز ٩٨-٢-٤٤٩ . باريس ١١ =

وعلاقة السببية ركن مستقل عن التقصير^(١) ، قد يقع خطأ من الطبيب دون أن يكون هو السبب فيما أصاب المريض من أضرار ، كما لو أهمل الطبيب في تقييم آلامه أثناء تضميده جرحاً ثم مات المريض بنوبة في القلب لا ترجع إلى الخطأ الذي ارتكب^(٢) . ومن ناحية أخرى قد يموت المريض أو تسوء حالته نتيجة العلاج الذي أشار به الطبيب دون أن يمكن نسبة الخطأ إليه^(٣) ، ففيعتبر رابطة السببية موجودة ؟

يناير سنة ١٩١٢ . *Juris - classeur Responsabilité médicale*, No. 32/1 P. 15 .
نيم ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ مذكور في ديكلو المرجع السابق ص ٩٧ . قضى ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ سبى ١٩٢٣ - ١ - ١٤٢ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٨٤ . دويه ١٩٢٤/٧/٢١ ١٩٢٤ .
Juris class. Reg. med. No. 32/2 P 16 . ليح ١٩٢٨/١١/٨ بليكا القضائية ١٩٢٩ عمود ٦ . مونتبلية ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٤٥٣ .
إيفيل ٢ أكتوبر ١٩٣٥ (i. P. ١٩٣٦ - ١ - ٧٦ دويه ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٣٦ . باريس ١٨ مارس سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٣٧٧ .
وراجع الأحكام المذكورة في لاكاس ص ٦٦ .

وراجع الحكم الصادر في ٤ مارس سنة ١٩٠٤ مجلة الاستغلال سنة ٣ رقم ١٦٥ ص ٨٥ .

وفى الأحكام المصرية :

راجع عابدين ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٢ حقوق سنة ١٨ ص ٢٩٣ رقم ١٨٢ . مصر المختلفة ١١/٤/١٩٢٣ جازيت ١٥ ص ٨٨ رقم ١٣٢ . مصر ١٩٢٧/٥/٣ بمجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ . عضارين ١٩٢٩/٤/٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ . مصر الكلية ١٩٣٣/٥/٣٠ والحكم الاستئناف في ١٩٣٦/١/٢ في قس القضية عمادة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ بمجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠ [والحكم الابتدائي غير منشور] .
الاسكندرية الكلية ١٩٤٢/١٢/٣١ في القضية رقم ٢٦٤ كلى سنة ١٩٤٢ .

(١) لازو بند ١٤٢٥ ، لاكاس بند ٨٠ ، بهجت بدوى - أصول الالتزامات ج ١ بند ٣٠٧ ، ٣٠٦ .

(٢) لاكاس بند ٨٠ ص ٦٦ . مصر الكلية ١٩٣٥/٢/٤ عمادة سنة ١٦ رقم ٨٤ ص ١٨٩ .

(٣) راجع حيثيات الحنف في قرار النيابة المشار اليه في حكم عمكة مصر الصادر في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٣ (القضية رقم ٧٨٧ كلى مصر سنة ١٩٣٧) .

قد يبدو هذا السؤال سهلاً ميسر الجواب ، لكن الواقع أن تقرير علاقة السببية في دائرة المسؤولية الطبية شاق وعسير ، ذلك أن جسم الإنسان وقوة احتماله لمضاعفات المرض أمر محوط بالأسرار الالهية ، فكثيراً ما تختلف تطورات المرض الواحد لغير ما سبب معروف حتى يقف أكثر الأطباء إماماً بفنه حائراً أمام هذه التطورات وما صاحبها من مضاعفات دون أن يستطيع بيان العوامل التي أثرت في سير المرض أو نتيجة العلاج .

وأنا لنلص بسهولة دقة الموضوع إذا رجعنا إلى بعض الحالات التي عرضت فعلاً على المحاكم . فأحياناً تكون حالة المريض من التطورة بحيث تكفى وحدها لتبرير وفاته أو الضرر الذي أصابه دون أن يمكن نسبة أى منها إلى خطأ منسوب للطبيب^(١) .

وقد تكشف الصفة التشريحية عن عيوب جسمية كافية بذاتها لاجداث الوفاة وقد كان الطبيب يحلها وقت أن يشر العلاج^(٢) .

(١) راجع مثلاً حكم محكمة باريس في ١٨ مارس ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٢٧٧ وقد جاء في حثياته : —

"Considérant que le lien de causalité entre ce traitement et la radio-dermite qui serait apparue à une date indéterminée n'est pas davantage démontré ; qu'il ne peut plus l'être puisque après les imputations l'origine des lésions ne saurait plus être actuellement décrite et que la nature de la maladie généralisée dont souffrait la dame Gabel suffirait à elle seule à expliquer les graves et douloureuses mutilations subies, que d'autre part l'affection de cette dernière a été soignée par de nombreux médecins et après la période de 1905 à 1912 seule incriminée; qu'aucune raison scientifi-quement démontrée ne permet d'attribuer la cause des accidents survenus aux traitements prescrits durant cette seule période".

راجع أيضاً قض ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ Juris-classeur Responsabilité médic. No. 17. سين ١٨٩٤/٧/٢٨ جازيت باليه ١٨٩٤ - ٢٥٥ - ٢٥٠ .

(٢) حصل مثلاً أن طبيب مدرسة خليل أنا كشف على أحد الطلبة للنظر في إعفائه من الألعاب الرياضية فقرر أن قلبه سليم ولا داعي لإعفائه . وذات يوم بينما كان الطالب يقوم =

وقد يتعاقب الأطباء الذين باثروا علاج الجنى عليه بحيث يتنفر معرفة إلى خطأ أى منهم يمكن نسبة الضرر الذى حصل^(١).
وأخيراً يحصل أن يموت المريض فتدفن معه الأسباب الحقيقية التى أودت

بالمتمرنات البدنية سقط مفتاحاً عليه وتوفى . ولقد قرر الصليب الشرعى بعد تفرع اللجنة أن الغالب كان عنده استبعاد الوفاة القضائية من الحالة البسفاوية التى اصبحت بنسب يضاهى فى القاب وأن من الممكن أن تكون الوفاة قد نشأت عن هذه الحالة المرضية فقط دون أن يكون للألعاب الرياضية دخل فى إحداثها . وطبىعى أن المحكمة لم تستطع أمام هذا القرار إلا أن تنفى باعفاء الطبيب من كل مسئولية [مصر الكلية ١٩٣٥/٢/٤ حمامة سنة ٦٦ رقم ٨٤ ص ١٨٩] .

وراجع أيضاً [حكم ليون فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ - برى ١٩٠٧ - ٢ - ١٢٣ ، ودالوز ١٩٢٠ - ١ - ٣٠] . وهو خاس صليب حقن مريضاً بمقادير كبيرة من كلوريدات الكوكاين أثناء إجرائه عملية استئصال صفى فات . ولكن الصفة التشريعية كشفت عن الاتصالات برئى لها وتصلب فى شريان الأوروة *artérioclérose de l'aorte* . نفقت المحكمة باعفاء الصليب من المسئولية إذ لم يثبت لها أن الودة حصلت نتيجة الفسالة فى مقدار كلوريدات الكوكاين التى حقن بها المريض . وأنه ما كان ليموت لو حقن بمقدار أقل مع وجود حالة التصلب فى شريان الأوروة والاتصالات التى كشفت عنها الصفة التشريعية والى ما كان فى استطاعة الطبيب أن يلمحها .

ويلاحظ أن ما أشار إليه الحكم من أن الصليب لم يكن فى استطاعته أن يلم بالتوايحى الى كشفت عنها الصفة التشريعية يحمل على الفن بأن الوضع كان يتغير لو كان الطبيب عالماً بها وهو ما قرره القضاء فى مناسبات متعددة إذ يجب على الصليب إذا ما أراد أن يدرأ عن نفسه كل مسئولية أن يخصص جيداً حالة المريض ويصلح حاسبه لقوة استهوانه للمرض ودرجة احتماله للعلاج الذى يشر به .

(١) راجع حيثيات حكم باريس فى ١٨ مارس سنة ١٩٣٨ (دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ - ٣٧٧) ونلاحظ بمناسبة هذا الحكم أن توفر علاقة البنية لا يغترس أن يكون خطأ الصليب هو السبب الوحيد فى الضرر الذى وقع بل يمكن أن يكون هذا الخطأ من بين الأسباب التى تفاعلت فى إحداثه ولو كان بقاءه غير كاف لذلك .

راجع أيضاً - حيثيات قرار المحفص الصادر من النيابة بتاريخ ١٠/٥/١٩٣١ فى قضية عبد الحميد حمدى والشار إليها فى حكم محكمة مصر الكلية الصادر فى ٣٠/٥/١٩٣٢ فى القضية ٧٨٧ كل مصر سنة ١٩٣٢ وراجع حيثيات هذا الحكم أيضاً وعلى الأخص فى استبعاد تحرير الدكتور على باشا ابراهيم وفى الاستناد إلى تحرير الدكتور جاردنير .

بجياته بحيث تستحيل نسبة الوفاة على سبيل الجرم لما عساه أن ثبت على الطبيب من أخطاء^(١).

(١) راجع مثلا حكم محكمة الجزائر في ١٩٩٣/١١/٤ (سرى ١٨٩٥-٢-٢٣٧)

"...Attendu qu'il est reconnu que R... était assisté de la dame M... seule; que les docteurs entendus sont unanimes à dire que pour éviter les accidents possibles pendant l'anesthésie d'un malade il est d'usage sans que cela soit cependant imposé par un règlement que l'opérateur soit assisté d'un collègue ou d'un aide, capable par ses connaissances médicales d'observer l'opéré et de reconnaître les signes de l'action bienfaisante ou nocive de l'anesthésique pour la continuer ou la suspendre; attendu que la dame M... ne peut être présumée posséder les connaissances d'un tel aide; que R... a eu tort de la choisir et de la garder pour l'assister; mais que rien n'établit que cette insuffisance de son aide ait été la cause du malheureux accident survenu, que si l'anesthésie du jeune B... s'est différemment dissipée il n'est pas moins constant par la déclaration des témoins qu'elle a pris fin; que dans ces conditions de fait il est impossible de dire que l'anesthésie telle qu'elle a été pratiquée ait été la cause directe de la mort; que pour rechercher si elle en a été la cause indirecte le tribunal serait obligé d'en arriver, ce qu'il doit s'interdire, à juger et apprécier des phénomènes pathologiques dont le mécanisme ainsi que l'a dit l'un des docteurs entendus n'est pas sans obscurité pour la science; — attendu que s'il n'est pas certain que la mort ait eu pour cause directe l'anesthésie il ne l'est pas davantage qu'elle ait été déterminée par une hémorragie qui aurait été impossible à maîtriser par suite de la faute de R..., que R... soutient avoir pratiqué l'hémostase selon le mode usité; que rien aux débats ne vient établir contre lui qu'il en ait été autrement attendu que l'enfant a subi un premier pansement après l'opération avec la pommade M...; que s'il est regrettable que R... ait cru devoir user d'une pommade dont il ne connaissait pas la composition et dont il ne pouvait dès lors prévoir l'effet thérapeutique il n'est point prouvé que ce pansement ait causé la mort, aucune analyse de la pommade n'ayant été faite qui ait indiqué dans sa composition la présence d'un toxique quelconque, — attendu qu'un deuxième pansement a été fait par R... accompagné de la dame M... qui est parti laissant l'enfant très affaibli à ce point d'ailleurs que la mort est survenue peu après son départ — Attendu que ce départ précipité est à bon droit reproché par la prévention à R... qui a reconnu ses torts quant à ce; mais qu'ici encore rien ne peut juridiquement établir que la présence continue de R... eut

conjuré l'issue fatale de l'opération ; qu'en affirmant le tribunal tendrait à assurer que la présence du docteur après l'opération d'une tumeur sauverait toujours le malade, tout au moins d'une mort immédiate; que si en abandonnant le jeune B... dans l'état d'épuisement où il se trouvait R... a évidemment méconnu son devoir, cet abandon ne peut être considéré comme la cause de la mort arrivée si peu de temps après le départ de R... ;

Attendu que toutes les prescriptions que le groupement des faits reproché à R... peuvent justement faire poser sur lui n'équivalent pas à la preuve juridique nécessaire au tribunal pour condamner les prévenus sur le chef d'homicide par imprudence ; que cette preuve qui peut être surabondamment fournie par l'autopsie du cadavre du jeune B... en préservant cette mesure n'en est pas résultée, l'examen post mortem n'ayant pu être fait que tardivement alors que les ravages de la décomposition rendaient impossible la constatation d'une faute grossière".

ولقد تأيد هذا الحكم استئنافي ١٨٩٤/٣/١٧ بحكم ج.ه في حثياته (سرى ١٩٠٥-٢٠٢٢) ، دالوز ١٩٠٥-٢٠٢٢ : ١٩٧

"Attendu que l'autopsie tardive du corps du jeune B... n'a pu suivant le rapport medico-légal de l'expert, déterminer les causes précises de la mort ; que, il est vrai, les autres éléments de l'instruction et des débats et notamment les déclarations précises et concordantes du médecin et des autres témoins entendus ont établi que des imprudences et négligences graves ont été commises par R... tant dans les conditions où il a pratiqué l'anesthésie du malade, que dans celle où il a opéré l'ablation de la tumeur; mais que de ces éléments il n'est pas résulté la preuve que les dites imprudences ou négligences ont causé la mort du jeune B... que les causes de cette mort n'ayant pas été déterminées d'une manière certaine, la prévention d'homicide par imprudence manque de base légale".

راجع أيضاً روان ٤ ديسمبر سنة ١٨٤٥ موسوعة دالوز ج ٢٩ كلة متولية ص ٢٠٠ رقم ١ ؛ بو أول مايو سنة ١٩٠٠ (سرى ١٩٠٠-٢٠٢٢ ، دالوز ١٩٠٢-٢٠٢٢) واستئناف بخارست في ١٢/١٢/١٩٢٨ (المجلة القضائية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦ وتطبيق اسكندر فالباريسكو) وقد أعق طيباً من المتولية عن حقنه مريضاً بعمل فاسد بحجة أن الجراء أجبروا على عجزهم على ربط الوفاة بغضد البواء لاحتال أن تكون الوفاة قد حصلت نتيجة رد فضل ذاتي ضد «النيوسالفرسان» وهو أمر شائع حتى لو لم يكن المصل فاسداً ، ومن جهة أخرى فالطبيب إذا كان سلباً يحتل المصل ولو كان فاسداً .

وينتقد اسكندر فالباريسكو هذا الحكم بدعوى أن البادئ الصحية تفضى بالاقرار بوجود علاقة السببية إذ لا شك أن الوفاة حصلت نتيجة استعمال النيوسالفرسان ، فعلاقة السببية متوافرة ولا يقدح في وجودها أن تكون طبيعة التوفيق قد تماثلت في أحداث النتيجة فظنيرة تكافؤ الأسباب — وهي النظرية السائدة في الفقه الألماني وتطبقها المحاكم الفرنسية — تعتبر سبباً كالـ

والواقع أنه ليس بغريب أن تتم على القاضي بل وعلى أهل الخبرة من الأطباء معرفة سبب الأضرار التي حاقّت بالمريض ، فالعوامل التي تؤثر في سير المرض ونتائج العلاج متعددة متشعبة حتى ليصعب تتبع آثار الخطأ الصادر من الطبيب في سهولة ووضوح ^(١) وآية ذلك ما قدره كبير الأطباء الشرعيين في تقرير قدمه لمحكمة استئناف مصر في دعوى مرفوعة على طبيب نخطئه في العلاج بالأشعة قال : « ... إن الحالة الموجودة هي نتيجة عدة عوامل متجمعة مع بعضها وهي الندبة السميكة وطبيعتها والعدوى الجلدية المصاحبة لها بدليل وجود دمل أقر بوجودها الطبيب المعالج والأشعة فوق البنفسجية والأدوية السكاوية التي استعملت بمعرفة الدكتور ... وأشعة رنتجن التي عملت بمعرفة الدكتور ... (طبيب آخر) ولا يمكن نسبة الحالة لعامل واحد بالنسبة لهذه العوامل المتعددة كما لا يمكن تحديد التأثير الذي تنتج من كل هذه العوامل على حدة ، ولو أنها من سوء حظ طبيب الأشعة أن عامل الأشعة كان العامل الأخير من هذه العوامل مما دعا المريض إلى نسبة حالته إلى هذا العامل فقط ^(٢) » وهذا ما انتهى إليه قيب المهن الطبية

نصل تدخل في وقوع الضرر ولو لم يكن كافياً وحده لاحتدانه .

ويرد على هذا الانتقاد بأن الخطأ المنسوب للطبيب ليس في استعمال مادة الثيوسالفرسان بل في استعمالها وهي فاسدة ، فلا بد أن تثبت العلاقة بين فساد المصل الذي حقن به المجرى عليه والوفاة وهو ما لم يتم الدليل عليه .

(١) راجع حيثيات حكم باريس في ١٨ مارس سنة ١٩٣٨ السابق الإشارة إليها وحكم روان في ٤ ديسمبر سنة ١٨٤٥ (في موسوعة دالوز ج ٣٩ كفة مشولية رقم ١) وقد جاء فيه :

“Attendu que de l'instruction et des débats il ne résulte pas que l'emploi du médicament prescrit par le docteur ait causé la mort de la dame Sangeron ; que la preuve légale n'en est pas faite , puisque le doute résulte nécessairement des documents contradictoires du procès ; attendu qu'en effet il est assez difficile pour les médecins même les plus habiles d'affirmer avec une certitude entière que dans tel ou tel cas donné c'est l'action de remèdes et non celle de la maladie qui a causé la mort...”

(٢) القضية رقم ٧٨٧ كلى مصر سنة ١٩٣٢ وقارن هذا التقرير والاستئناف القديم في عس القضية برقم ١٠٠٩ ، ١٠٣٦ ، سنة ٥٠ قضائية بالتقارير المختلفة التي قدمت في نفس القضية سواء أمام محكمة أول درجة أو في الاستئناف ومنها بين مدى اختلاف الرأي في الحالة الواحدة .

سعادة على باشا إبراهيم في تقرير قلمه لمحكمة استئناف مصر أيضاً في دعوى مرفوعة على طبيب نسب إليه فيها أنه أعطى مريضاً حقناً نشأ عنها تسم دموى عن أدى إلى وفاته قال : « أرى أن سب النهاية السيئة التي انتهت بها الحالة أكثر من واحد ، فحالة المتوفى الصحية السيئة التي تضعف من مقاومته للالتهاب مع احتمال عدم حيطة الطبيب الذي أعطاه الحقن الحبيطة الكافية في اختيار مكان الحقن إذ يسهل امتصاص الحقنة ذات الخمسة سنتمترات لو أعطيت بطريق العضل عنها لو أعطيت تحت الجلد وبالأخص جلد العضد حيث قد تتراكم عند تكرارها مما يؤدي إلى ضعف مقاومة الجلد والأنسجة في مقابلتها للالتهاب . وكذلك احتمال عدم الحيطة في تعقيم الإبرة أو الجلد التعقيم الكافي وليس هذا فقط وإنما خطؤه في تشخيص التهاب الذراع في وقت مبكر مما قد يكون فوت على المتوفى فرصة العلاج الملائم في الوقت المناسب » . وقد ختم سعادته تقريره بالعبارة الآتية : « أما تأثير الشق الجراحي (وكان قد أجراه للمريض طبيب آخر غير الذي أعطى الحقن استدعى عقب ظهور أعراض التسم الدموى) واعتقادي أنه وإن كان غير مسبب للوفاة مباشرة إلا أن عمل الشق في مكان ملتبس غير محدد أو متجمع فيه الصديد مما يجعل بالوفاة » ^(١) .

ماذا يفعل القاضي إذن لتحديد رابطة السببية في حالات كهذه وهي الحالات التالية في مسؤولية الأطباء والجراحين ؟

وقفت بعض المحاكم حائرة أمام العوامل المتشعبة التي تؤثر في نتيجة العلاج فحالت إلى التشدد في تقدير علاقة السببية مقررة استبعادها طالما لم يثبت لها بطريق

(١) تقرير الدكتور على باشا إبراهيم في قضية س.م. ١٩٤١/١/٢٣ عامه سنة ٢٢٤م ٢٥٨ رقم ٨٥ وقدره بالتقارير الأخرى المقدمة في نفس القضية من نائب الطبيب الشرعى وكبير الأطباء العرعيين .

• وراجع أيضاً تقرير الطبيب الشرعى في س.م. ١٩٤٠/٦/٤٢ في القضية رقم ٦٤٥ سنة ٢٥٦ قضائية .

خطئ أن خطأ الطبيب قد تفاعل في إحداث الضرر بحيث لولاه لما وقع^(١).

ونحن لا نقدح في صحة المبدأ الذي قرره المحاكم ولكن يجب ألا يقرب عن اللبال لدى تطبيقه أن الطب فن لم يصل بعد إلى حد الكمال . فبما كان المرض تافهاً والعلاج معروفاً فليس من طبيب يستطيع أن يضمن الشفاء ، والقول بأنه حتى ثبت علاقة السببية لا بد أن يثبت أنه لولا الخطأ الذي ارتكب في العلاج لشفى المريض حتماً ، معناه في الواقع إفلات الأطباء جميعاً من كل مسئولية . إنما علاقة السببية تعتبر متوافرة في نظرنا إن كان خطأ الطبيب من شأنه أن يفوت على المريض فرصة حقيقية للشفاء^(٢).

وتقدير هذه الفرصة أمر مرجعه إلى الأصول العلمية والسير الطبيعى للأمر مع مراعاة حالة المريض ودرجة تقدم المرض في جسمه . ومهمة القاضي في ذلك غاية في الدقة ، إذ عليه أن يفرق بين ما يرجع إلى أخطاء البشر وما يرجع إلى أحكام القضاء ونوازل القدر ، خاصة وأنه في تتبع آثار الخطأ لن يجد ما يستدعيه سوى القرائن القوية المتفتحة والمحددة^(٣) . فإذا ثبت أن المرض في سيره الطبيعى كان مودياً حتماً بالمريض سواء أعلت له العملية أم لم تعمل فلا يسأل الطبيب عن

(١) روان ٤ ديسمبر سنة ١٨٤٥ موسوعة دالوز ج ٣٩ كلة مسئولية ص ٢٣٠ رقم ٤٤١ جزائر ١٨٩٣/١١/٤ والحكم الاستثنائي في ١٧/٣/١٨٩٤ سىرى ١٩٠٥-٢-٢٣٧؛ ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ سىرى ١٩٠٠-٢-٣٠١ دالوز ١٩٠٢-٢-٤٣٣؛ ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سىرى ١٩٠٧-٢-٢٣٣ دالوز ١٩٢٠-١-١-٤٣٠؛ اسباليون ١٠/١٠/١٩٣٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢-٥٩٧؛ قض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥. Juricel . Resp . Med . P 17 . باريس ١٨ مارس ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨-٣٧٧؛ بوخارست ١٢/١٢/١٩٢٨ (الجهة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦) مصر السكية ١٩٣٥/٢/٤ (عمامة سنة ١٦ رقم ٨٤ ص ١٨٩) .

(٢) قرب هذه الحالة بحالة مالك الحصان يتماقد مع متولى النقل على نقل حصانه الى بلد معين ليتره في حلبة الباقي فيتأخر الناقل في توصيل الحصان مفوتا على صاحبه فرصة الربح .

(٣) بروكل ١٢ يولي ١٩٢٩ بلجيكا القضائية ١٩٣٠ عمود ١٨ وفي الجهة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٢٦٩؛ بند ٢٣ ، وتعليق جروليتش ولالو . سافتيه ج ٢ بند ٧٧٩ ص ٣٩٦ .

موته ^(١) . أما إذا كانت حالة المريض بحيث تبحث على الاطشمان إلى شفائه فمن أى خطأ من الطبيب المالج يفوت عليه فرصة للشفاء يستبر مرتبطاً بالضرر برابطة سببية كافية لنشوء المسئولية ^(٢) . وهو ما قضت به محكمة استئناف پو في ٣٠ يونيو سنة ١٩١٣ ^(٣) ، إذ قررت أنه لا يمكن القول — اللهم إلا بانكار فائدة التدخل الطبي — بعدم توفر علاقة السببية بين وفاة والإهمال الفاحش الذى ارتكبه Ribeton ، وأن هذه العلاقة من الممكن إثباتها بكافة الطرق وبالتالى بطريق القرائن ، وأنه يكفى أن يثبت أن امريض كان سليماً وفي ريعان شبابه أى في ظروف يفترض معها أن عناية مناسبة كانت تعطيه أكبر قسط من المقاومة ومن جهة أخرى فإن التجارب دلت على أن الالتهاب الرئوى إذا عولج في بدايته فإنه غالباً ما ينتهى إلى الشفاء . ثم انتهت المحكمة إلى القول بأن الظروف السابقة تكون في مجموعها قرآن قوية ومحددة وكافية لاقضاءها بأن إهمال ريبيتون قد سمح للمرض بأن يستفحل أمره إلى الحد الذى لا يمكن من اسمكن معه تلافي الوفاة .

من أجل ذلك لا نوافق محكمة استئناف پو فيما ذهبت إليه بحكمها الصادر في أول مايو سنة ١٩٠٠ من أنه حتى يكون الطبيب مسئولاً إذا تخلف عن تقديم خدماته للمريض ، لا بد أن يثبت أن هذه الخدمات كان من شأنها قطعاً أن تنقذ حياته ^(٤) .

(١) الصادرين ١٩٢٩/٤/٩ .

(٢) سافاتييه ج ٢ بند ٧٧٩ من ٣٩٦ قضا ١٦/٤/١٩٢١ دالوز ١٩٢١-١-

١٨٤ ، تانسي ١٩٢٨/١/١٩ مع قضا ١١/١١/١٩٣٢ سيري ١٩٣٢-١-١١٠ .

(٣) پو ٣٠ يونيو سنة ١٩١٣ سيري ١٩١٣-٢-٢٧٧ دالوز ١٩١٥-٢-٤٩ .

(٤) پو أول مايو سنة ١٩٠٠ سيري ١٩٠٠-٢-٣٠١ . وقد جاء في حيثياته

«Attendu que dans certains cas particuliers les tribunaux ont trouvé le principe d'une responsabilité civile dans le fait du médecin qui après avoir promis de se rendre auprès d'un malade manquait à sa promesse, mais que pour qu'il y ait lieu d'appliquer cette jurisprudence il faut que la partie établisse: 1er. que c'est volontairement que l'homme de l'art ne s'est pas rendu auprès du malade; 2e. que ses soins auraient certainement sauvé la vie du patient; enfin que s'il n'avait pas promis de venir ou aurait pu s'adresser à un autre médecin.

فإنه يكفي في نظرنا لوجوب مسؤولية الطبيب أن يكون قد فوت على المريض فرصة حقيقية للشفاء .

وإلى جانب هذا القضاء نجد بالعكس أحكاماً مالت إلى تلافى الخوض في بحث التطورات المرضية وتنبع أثر خطأ الطبيب في نتيجة العلاج ، مكنتية بإثبات ذلك الخطأ لترابط بينه وبين الضرر الذي حصل للمريض ^(١) .

==
وقارن ظروف حكم محكمة الجزائر في ١٤/١١/١٨٩٣ سري ١٨٩٥-٢-٢٣٧ وراجع حكم محكمة اسباليون في ١٠/١٠/١٩٣٢ (دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ٥٩٧) فانها تفت وجود علاقة السببية بدعوى أن مصلي التيتانوس حتى لو حقن به الشخص عقب إصابته مباشرة ليس ناجحاً دائماً وبالتالي فليس مؤكداً أن الطبيب لو كان قد حقن المصاب لدرأ عنه الموت . والمحكم في نظرنا منتقد من هذه الناحية لأن مصلي التيتانوس إن لم يكن من شأنه درء الوفاة قطعاً فهو وقاية ناجحة في كثير من الأحيان فترك الطبيب الحقن به مضيق لفرصة ينال منها الظن بالشفاء .

(١) باريس ٢٦/٦/١٩١٩ دالوز ١٩١٩-٢-٧٣ والتعليق ؛ المجلة القضائية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦ من تعليقات اسكندر فالمارسكو ، وجاردنا وربنشي ص ٣١٣ بند ٢٠٠ ، مونتيلييه ٦/٧/١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤-٨٣٤ في قضية تلخص طرؤها في أن طبيباً استسقى زميلاً له لاستشارته في علاج امرأة مصابة بحصى عاس غير أنه لم يتبع العلاج الذي أشار به فانتهى الأمر بوجوب إجراء عملية للريضة حتى تشفى .
قررت المحكمة أن الطبيب أخطأ في عدم اتباعه ما أشار به زميله وأضافت الى ذلك قولها :

«S'il n'est pas possible d'affirmer que le traitement rationnellement indiqué qui n'a pas été mis en oeuvre, eut permis à la malade de guérir sans dommages, il est certain tout au moins que les fautes commises par le Dr. R. en privant celle-ci du traitement approprié ont eu pour conséquences d'aggraver son état».

وراجع أيضاً لينج ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ (بلجيكا القضائية ١٨٩٠ ص ٤٧١) - سري ١٨٩٥-٢-٢٣٧ هاشا ١ وهو خاص بعملية قصد منها رفع السوس من عظام طفل في الثالثة من عمره أجريت له بغير أخذ رضاء والده . وقد جاء في حيثيات الحكم :

«Attendu que l'opération faite, la gangrène s'est déclarée et que le pied est tombé ou a du être amputé. Attendu que le tribunal se trouve ainsi en présence d'un fait (l'opération illicitement pratiquée) qui pouvait amener la gangrène et à la suite duquel elle s'est réellement produites».

ولما كان الطفل قد مكث في المستشفى قبل العلاج وبعد مدة ستة أسابيع فقد أضافت المحكمة إلى ما سبق قولها :

==

ولكن هذا القضاء مبنى على اعتبار غير صحيح، إذ لا يكفي مجرد اقتران الخطأ بالضرر ولا أن يلحق الضرر الخطأ بقيام رابطة السببية بينهما^(١). فالعبارة اللاتينية القائلة «لا حق له إذن ناشئ عنه» والتي تعتبر نوعاً من خطأ التعليل في علم المنطق تصور نفس الخطأ في المسؤولية الطبية.

ثم إن القرينة التي وضعتها المحاكم على عاتق الأطباء هي من الشدة بحيث تهدم في نشاطهم الذي لا غنى عنه للجماعة الإنسانية. فأى طبيب يستطيع أن يطمئن إلى مزاولة مهنته إذا علم أن أى خطأ يصدر منه سوف يقرن بما يلحق المريض من أضرار قد تكون محتومة مع تطورات المرض ومضاعفاته. ولو فرضنا أخيراً صحة هذه القرينة مع أنها في الواقع بعيدة عن أن تصور حقيقة غالبية كما ينبغي أن تكون الحال في كل القرائن — فليس من شأن القضاء أن يضعها.

حقاً إن السببية ليست بالشئ الذي يرى أو يلمس وإنما هي رابطة يستنتجها القاضى من الظروف التي يستخلص منها القرائن الدالة على توفرها. وإذا كان للقاضى أن يبحث بنفسه العلاقة المنطقية التي تربط بالسببية المصادفات المتوالية طبقاً لمناصر كل دعوى، فعلى القاضى في دعاوى المسؤولية الطبية بالذات أن يرعى منتهى الحرص فلا يسارع إلى وضع قرائن قد تأبأها الحقائق العلمية ويرفضها نطق الأطباء.

لهذا كان لا مناص في نظرنا من الرجوع إلى أهل الخبرة فهم أدرى بسبب الأضرار التي قد يتحملها المريض وأقدر على إنارة السبيل أمام القضاء ليظهر له ما

== «Attendu dans ces conditions que si une cause autre que l'opération illicite avait pu amener la gangrène, Dechamps ne l'aurait pas ignorée et qu'il aurait certainement demandé à l'établir d'autant plus que cette preuve eût été facile à faire en raison du séjour prolongé de l'enfant dans un hôpital fréquenté par de nombreux médecins; attendu qu'il ne peut dès lors être douteux que la gangrène a été la suite directe et immédiate de l'opération pratiquée...»

(١) برودو ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٩ — ٢٨ سافاتييه بند

إذا كان الخطأ شرطاً جوهرياً لحدوث الضرر أم أن الضرر كان لا بد واقعاً
بعض النظر عن الخطأ المنسوب للطبيب .

وجدير بالذكر أن الرأي الغالب في الفقه الحديث لا يتشبه بوجود كون
الضرر ناشئاً مباشرة عن الخطأ ، فصلة السببية تتوافر ولو فصل بين الخطأ والضرر
عامل آخر متى كان الخطأ شرطاً ضرورياً لوقوع الضرر ^(١) .

وتطبيقاً لتلك قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٤/١٢/١٩٢٩ ^(٢) بمسئولية
الطبيب للممر لمؤسسة محمية وضمت فيها مريضة بالاضطراب في القوى العقلية

(١) سافانييه بند ٧٧٩ ج ٥ ج ٥ بند ٢٠٥٨ ص ٤٢٢ ، الدكتور السعيد وكامل
مرسى ص ٣٦٦ ، جندي عبد الملك ج ٥ ص ٨٥١ رقم ٣٨٦ ، الدكتور خيال في عناصره غير
المنوعة سنة ١٩٣٨ على السنة الثالثة وهو يضرب مثلاً للضرر غير المباشر الذي يسأل عنه
من سبب فيه حال مالك يعد مستودعاً للواد التهابه فترفع قيمة التأمين للجيران . وهو يقول
بالمسئولية التضامنية عن الضرر غير المباشر كما توفر علاقة السببية لذ المادة ١٢١ من القانون
المدني لا تطبق بألفاظها إلا على المسئولية العقدية .

راجع أيضاً حكم الجزائر في ١١/١٢/١٩٢٣ سبيري ١٨٩٥-٢-٢٣٧ ؛ لاغزو إذ أن
كانت محكمة الطائرين الجزئية بحكمها التمهيد الصادر في ١٩٤١/٢/٢ في القضية رقم ٢٣١٥
مدني الصادرين سنة ١٩٤٠ قد علقت الفصل في القضية على سؤال من ضمن عدة أسئلة —
وجبتها إلى كبير الأطباء الشرعيين تطلب منه فيه بيان ما إذا كانت « حالة الفلبيد التي أصيبت بها
(الست ماري قلته أبادير) تمت بصفة قلبية أو بعيدة للشق القيصري الذي أجري لها » .

فرن : ماورد في حيثيات حكم محكمة مصر في ٢١/٥/١٩٢٧ (مجموعة رسمية رقم ١١
سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ ، حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ ص ٣٣٧) عن الحكم الابتدائي الصادر
من محكمة الخليفة في ١/١٣/١٩٢٧ .

عكس : وديع فرج عناصره غير المنوعة في قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ في المسئولية المهنية ،
محمد علي إلمام ص ٣١٥ في الآخر ، مرمي بند ١٣٤ ، ستهوري الالتزامات ٢٨١ ، ٣٣٥ ،
حشمت بند ٤٧٥ ، ٤٨٢ ، باريس ١١/١١/١٨٩٥ سبيري ١٨٩٧-٢-٢٧٣ ومذكرات
تيسير ، دوه ٢٤ مارس سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢-٢-١٦٧ ، باريس ٢٦/٦/١٩١٩
سبيري ٢٢-٢-١١٣ ، بلانول إسمان ج ٦ ص ٧٣٩ ، ربيير المعاملة الحقيقية بند ١١٧ .

(٢) قض ١٤/١٢/١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧-١-١٠٥ وتطبيق جوسران سبيري ١٩٢٧-١-
١٠٥ وتطبيق إسمان ، باريس ٤/٧/١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣-٢-١١٣ .

وقد حكمت بأن الجراح الذي يترك المريض وهو تحت تأثير البنج يسأل عن المرفوق التي
تصبه من حافظات الماء الساخن التي وضعت له عقب العملية ، باريس ١/٦/١٩٣٥ سبيري
١٩٣٥-٢-٢١٣ ، مرائض في ١/٤/١٩٣٨ جازرت باليه ١٩٣٨-١-٤٢٥ .

تخسنت من المروء ، وبعد مدة وجدت هاتمة في الطريق وقد تجسد قدماها
الأمر الذي استلزم بتر أحديهما .

وإذا كنا لسنا الآن مدى الصعوبة التي تفرض القاضي في استخلاص علاقة
السببية في دائرة المسؤولية الطبية فانه يبقى علينا أن تبين أن مجرد اعتبار خطأ
الطبيب سبباً من الأسباب التي تدخلت في إحداث النتائج السيئة التي انتهت إليها
العلاج لا يخل لنا الاشكال بل يبقى علينا أن تبين أثر العوامل المختلفة في مدى
مسؤولية الطبيب .

والواقع أنه متى قام الدليل على الخطأ وثبت أنه قد نشأ عنه الضرر كان
الطبيب ملزماً بدفع تعويض كامل يتناسب مع جسامه الضرر^(١) ، ومن ثم لا يمكننا
أن نقر حكم محكمة إكس في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٠٦ فيما ذهب إليه من أن
مسؤولية الطبيب الذي أخطأ بإجراء تجارب علمية على جسم المريض لم تكن تدعو
إلها بحالته الصحية ، يجب أن تخفف بالنظر إلى الغايات التي يرى إليها من وراء
تجاربه^(٢) . والانتقاد نفسه يوجه لحكم محكمة فلانسين في ١٠/٣/١٩٣٠^(٣)
الذي خفف التعويض المحكوم به بدعوى أن خطأ الطبيب الذي أهمل في حق
المريض بمصل التيتانوس يخفف منه قوة الإصابة بهذا المرض في المنطقة التي جرح
فيها الجني عليه . بل إن محكمة السين في ١٩/٥/١٩٣٥^(٤) ومحكمة باريس في
١١/٥/١٩٣٨^(٥) قد أصابتنا إذ قضتا بتعويض كامل في حالة التجارب العلمية .

على أنه إذا تعددت الأسباب على وجه لم يكن خطأ الطبيب فيه إلا أحد
العوامل التي تفاعلت في إحداث الضرر، فهل يظل مسئولاً عن تعويض الضرر

(١) منزو بند ٥١٢ .

(٢) إكس ١٠/٢٢/١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ بلزكريزى بلجيكا ١٩٠٧-٤-٤٧ .

(٣) جائزيت باليه ١٩٤١-٢-٣٤٨ تحت موناكو ٢٨ مايو سنة ١٩٤١ .

(٤) سيري ١٩٣٥-٢-٢٠٢ .

(٥) سيري ١٩٣٨-٢-٧١ .

كاملأ أم أن له أن يبتد إلى وجود أسباب أجنبية عنه ليخض من التعويض الذى يلزم بدفعه^(١) .

يخص بنا أن نرق بين أحوال ثلاث :

أولاً — مائة ما اذا لاه الضرر الذى أصاب المريض يرجع الى خطأ الطبيب والى خطأ من الغير :

إذا اشتركت فى إحداث الضرر عدة عوامل بعضها منسوب إلى الطبيب والبعض الآخر منسوب لغيره فيبحث كل عامل على حدة ، فإن ثبت أنه لولاه لما وقع الضرر اعتبر سبباً فى حدوثه . وعلى ذلك تعتبر أسباباً جميع العوامل التى ساهمت فى وقوع الضرر للمريض وكلها متعادلة من حيث ترتب المسئولية بمعنى أن المسئولية يجب أن توزع بين الطبيب وغيره بالتساوى^(٢) .

(١) لاشك انه إذا كان هناك تضامن بين الطبيب وغيره فى المسئولية عن الضرر يكون الطبيب مسئولاً قبل المريض عن دفع التعويض الكامل ولكن هذا لا يمنعه من الرجوع على غيره من المشتركين معه فى المسئولية .

(٢) وهذا رأى أساسه نظرية تكافؤ الأسباب التى استنبطها العالم الألمانى Von Huri (مازو — المسئولية بند ١٤٤٠ ، ١٤٤١ مارتو ص ١١٩ ، ١٢٧ ، ديموج ج ٤ بند ٣٧٢ ، ٣٦٦ ، ج ٦ بند ٧٦٣ ، سنهورى الالتزامات بند ٣٣٦ ، حشمت بند ٤٧٦ ، ٤٨٠ ، لالو طبعة ٢ بند ١٤٧ ، فارن إسحاق المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧ ، بند ٥) والى أخذها القضاء فى مصر وفرنسا وبلجيكا . أما الأنجلز والأمريكان فلم نظرية خاصة فى ذلك يميزون بها بين الأسباب المباشرة وغير المباشرة وقد تأثرت بهذه النظرية بعض الأحكام المختططة .

وفى ألمانيا وجه كثير من النقد إلى نظرية تعادل الأسباب وعارضها Von Krio بنظرية السببية الفعالة ومقتضاها ألا يعتبر من بين العوامل التى اشتركت فى حصول الضرر سبباً فعالاً إلا ما كان من شأنه بحسب السير الطبيعى للأمر أن يحدث الضرر (راجع فى الأخذ بنظرية السببية الفعالة فى دائرة المسئولية الطبية ، أميل تيلو — المجلة الفصلية ١٩٣٢ ص ١٢٠٢ ، وكما يبدو حكم ٤ مارس سنة ١٩٠٤ استغلال سنة ٣ ص ٨٥ رقم ١٦٥ ، وراجع فى تحليل فكرة السببية الطفل فى كتابه المسئولية الجنائية ص ٣٣ ؟؟ مارتو ص ٤٨٨ ؟؟ ديموج ج ٤ بند ٣٧٢ ؟؟ مازو بند ١٤٤١ ، أحمد بك أمين شرح قانون العقوبات ص ٣٠٥ ؟؟ .

وقد يبدو لأول وهلة أن المدالة تقضى بالآ يتحمل الطيب من المسؤولية إلا بقدر ما أثر فعله في حدوث الضرر^(١) ولكننا نصلهم بقبات كأداء إن أردنا أن ندر نصيب خطأ الطيب في إحداث الضرر إذ كيف يتقن القول بأن له النصف أو الثلث في إحداث الضرر؟ وما حصل هذا القول؟ والواقع أن كل فعل كان سبباً في الضرر بأكله لا في جزء منه. فإذا لم يكن الفعل ما كان للضرر أن يكون. ومقتضى ذلك أن من تجمعت بالنسبة له عناصر المسؤولية يجب أن يلزم بتعويض الضرر كاملاً دون أن يكون له الحق في الادعاء بأن خطأه ليس إلا سبباً جزئياً في إحداث الضرر.

وليس معنى ذلك أنه يتحمل وحده في النهاية عبء التمييز بأسره لأن حل ذلك العبء لا يكون إلا إذا كانت العوامل الأخرى التي تتفاعل في إحداث الضرر لا تكون أخطاء. وإنما يتغير الحكم إذا وجدت إلى جانب خطأ الطبيب أخطاء أخرى صادرة من أشخاص آخرين. ففي هذه الحالة يكون للطبيب الذي حكم عليه بالتمييز الكامل أن يرجع على من ارتكب الخطأ الآخر ما دام أنه بغير هذا ما حصل الضرر وما كانت المسؤولية، وسنتبى حتما إلى قصر حقه في الرجوع على نصف ماذفر وهكذا تتوزع المسؤولية بالتساوى على عدد الرؤوس، وتلك نتيجة حتمية لاعتبار كل خطأ اشترك في إحداث الضرر سبباً معادلاً للآخرين.^(٢) ومع ذلك فإن المحاكم الفرنسية عند تحديد نصيب كل في المسؤولية خلطت بين الخطأ ورباطة السببية قسمت المسؤولية بحسب جسامه الخطأ الصادر من اشتركوا في إحداث الضرر^(٣). وليس هذا القضاء إلا مظهرأ للتجاه نحو تقدير التمييز

(١) راجع في أن المثولة تتحدد بحسب القدر الذي ساءم به الشخص في حدوث الضرر.
Muteau: De la responsabilité civile. P 418.

(۲) مازو بند ۱۴۴۳، ۱۹۷۰، ۱۹۷۱

(۳) عرائض ۳۰ نایز ۱۹۲۹-سری ۱۹۲۹-۱-۱۹۱ تهن ۲۰ ماو ۱۹۴۵ سیری
۱۹۳۶-۱-۵۴ عرائض ۱۵ یوله ۱۹۳۵-سری ۱۹۳۵-۱-۳۴۳ مارتو ۱۷۹؟؟
وفاتیبه س ۳۲۶؟؟. هوجبی فیسری ۱۹۳۵-۱-۱۵۳ جوران طبعه ۲ بند ۲/۴۵۰=

حسب جسامه الخطأ^(١) وهو من هذا الوجه متقد إذ يحل من التعويض عقوبة مدنية تقاس بحسب درجة الجرم بينما يجب أن تظل المسؤولية وسيلة لإعادة التوازن المفقود بين النعم وإصلاح الأضرار التي يتحملها الفرد بخطأ الغير .

ثانياً — عامة ما إذا كانت العوامل التي اشتركت في أحداث الضرر يرمع بعضها الى فعل المريضه :

لا شك أن فعل المريض كى يؤثر على مسؤولية الطبيب يجب أن تربطه بالضرر علاقة سببية^(٢) فإذا كان الضرر راجعاً إلى فعل الطبيب فحسب فعله وحده عبء التعويض . أما إذا كان الضرر راجعاً إلى خطأ المريض والطبيب معاً فإن المسؤولية توزع بينهما^(٣) .

== بلاتيون اسان ج ٦ ٥٧٠ بند ٦٨٧ دموع ج ٤ بند ٧٦٨ ، ٧٨٣ ، ٧٩٧ للطبعة ٢ بند ١٩٤٨ ؟؟ روسوفى سبرى ١٩٣٠ — ٤ — ١٧ ملزو بند ١٤٤٣ ، ١٦٤١ ، ١٩٧٤ حشمت أوسيت بند ٢٣٦٩ م ٢/٢٣٦ من مشروع تنقيح القانون المدنى ، وقد نصت على أنه «يرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب يحدده القاضى حسب الأحوال وعلى قدر جسامه الخطأ الذى وقع من كل منهم فان استحال تحديد قسط كل منهم من المسؤولية تكون القسمة سوية بينهم » .

وهذه المادة كما جاء فى المذكرة الايضاحية مقتبسة من المادة ٨٤ من المشروع الفرنسى الاصل و ١٣٧ من القانون البولونى . والواقع أن هناك تناقضاً بين أن يقرر المشروع قاعدة التضامن بين المسؤولين ثم يوزع المسؤولية بينهم على مدى مساهمة كل منهم فى الضرر الحادث إذ المفروض أن التضامن يبنى على فكرة تعادل الأسباب أى على أن عمل كل منهم قد أحدث الضرر بأكمله ومن ثم فشولته قبل الضرور كاملة ثم إن كان هناك وجه لتوزيع المسؤولية بينهم وبين غيره فالفروض أن يكون التوزيع بالتساوى . لا غرو إذن إن كان المشرع قد ألغى هذه الفقرة من المادة فى الوضع التى انتهت إليه صياغة المادة ١٦٩ من القانون المدنى الحديث .

(١) راجع م ٢٣٧ من مشروع تنقيح القانون المدنى . وطارن التمس التى انتهت إليه صياغة للمادة فى القانون المدنى الحديث م ١٧٠ .

(٢) لاكاس بند ٨٩ .

(٣) على أن البعض يستمدون إلى فكرة أن الشخص لا يجوز له أن يؤسس دعواه على تلوث يديه ليرفضوا كل حق للبعثى عليه فى التعويض ما دام قد اشترك بخطئه فى أحداث الضرر . ==

وإذا كان وضع هذه القاعدة أمراً هيناً فإن تطبيقها يثير مشكلتين : — فمن ناحية إذا اشترك الطبيب مع المريض في إحداث الضرر فهل لا يمكننا أن نقول مع ذلك إن أحد الخطأين يجب الخطأ الآخر بحيث يبقى من الناحية القانونية السبب الوحيد للضرر .

ومن ناحية أخرى هل لا يكون من المناسب إذا كان خطأ المريض نتيجة خطأ الطبيب أن نعتبر الخطأ الأصلي وحده سبباً للضرر .

١ — هل يجب أمراً الخطأين للضرر :

يميل بعض الشراح ومعهم طائفة من الأحكام إلى القول بأن الخطأ الجسيم قد يجب ماسواه من أخطاء إذا كانت أقل منه جسامته بحيث يبقى هو السبب الوحيد للضرر ^(١).

وهذا الرأي مبني على خلط غير مستساغ بين ركزي الخطأ وعلاقة السببية فضلاً عن أن الخطأ لا تختلف درجاته فانه من غير المقبول أن يقال بانتفاء مسؤولية شخص عن خطئه لأن خطأ أشد جسامته وقع من شخص آخر وتفاعل في إحداث الضرر ، إنما تنفي المسؤولية حقاً عن الشخص الأول ان اقطعت رابطة السببية بين فعله والضرر الذي وقع وهكذا يمكن أن نحصر المسألة في حالتَي الخطأ الصلبي وقبول الضرر .

= ولقد كانت هذه الفكرة هي السائدة في القانون الروماني . [راجع في القانون الروماني Pomponius في دالوز ١٨٥٠-١٧-٢٠٣ وفي القانون الفرنسي ديغولومب ج ٨ بند ٥٠٣ ورد في سيرى ١٩٣٠-١-٣٣ ولقد انتقد هذه المذكرة اللط في سيرى ورسو في مذكر سيرى ١٩٣٠-٤-١٧] .

(١) مرجع بند ١٤١ بلانول اسمان بند ٥٤٠ ج ٢ جوسران طبع ٢ ج ٢ بند ١/٤٥٠ ديجوج ج ٤ بند ٧٩٨ قارن مازو بند ١٤٨٠ وفوازينيه م ٤٣٥٠ وقص ١٩٣٢/١١/٢٨ عماله سنة ١٣ م ٨١٥ رقم ٤١ .

(١) الخطأ العمدي :

إذا أراد المريض الضرر لنفسه وتمدد إحداثه فعليه وحده عبء المسؤولية حتى إذا كان سلوك الطبيب قد انطوى على الخطأ^(١).

ولتبرير هذا الحل لا يمكننا أن نشارك المحاكم فيما ذهبت إليه من أن أحد الخطأين أشد جسامه من الآخر وهو من ثم يحبه فالتعويض المدني لا يقاس بدرجة جسامه الخطأ بل علينا أن نطرح المسألة على بساط رابطة السببية فنلاحظ فوراً أن الخطأ العمدي هو السبب القوي للضرر بل قد لا يبدو خطأ الطرف الآخر أن يكون ظرفاً اعتمد عليه الأول في تنفيذ أغراضه^(٢).

(ب) رضا المجنى عليه :

لا شك أن المريض غالباً ما يعلم الأخطاء التي تعرضها له عملية جراحية أو علاج بالأشعة ولكن ليس معنى ذلك أنه يتقبل الأضرار الناشئة عنه^(٣) بل لا بد أن يثبت من ملاسبات الدعوى اتجاه إرادة المريض فعلا إلى هذا القبول كما لو وضع نفسه بين يدي جراح لاجراء عملية لا تدعو إليها حالته الصحية متقبلاً في ذلك ما قد ينشأ عن إجرائها من إضرار . فإذا ثبت أن إرادة المريض اتجهت إلى هذا المعنى فهل يعني الطبيب من المسؤولية ؟

أغلب الشراح يستوحدون الاجابة على هذا السؤال من أحكام القانون الجنائي

(١) مازو بند ١٤٨٢ ، ومن باب أولى لا مسؤولية على الطبيب إذا لم يثبت حصول خطأ منه بل كان فشل العلاج راجعاً الى خطأ المريض وحده (الاسكندرية الابتدائية في ١٩٣٩/٧/٨ في القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ كلبي) قرب قض ١٩٣٢/١١/٢٨ محملة سنة ١٣ من ٨١٥ رقم ٤٠١ وحشمت بند ٤٨٧ .

(٢) مازو بند ١٤٨٢ ، ١٤٨٣ ، على يدوى من ٤٣٦ . قرب القلي المسؤولية الجنائية من ٢٣١ .

(٣) لاكس بند ٨٣ .

رغم أن القواعد التي تحكم كلا من المسؤولين المدنية والجناية جد مختلفة .
ففي دائرة القانون الجنائي العبرة بفعل الجاني وما إذا كانت تتوافر فيه أركان
الجريمة . ومن أجل ذلك هم يفرقون بين أنواع الجرائم فيطبقون المبدأ القائل بأنه
« لا يضار من تقبل الضرر » على بعض الجرائم كالسرقة ثم يرفضونه في جرائم
أخرى كقتل والجرح^(١) .

ومثل هذه التفرقة ليس لما يبررها في القانون المدني فعلى أى أساس تحمل المشكلة؟
لا شك أن رضا المريض لا يرفع صفة الخطأ عن فعل الطبيب إذ عليه أن
يرعى اليقظة حتى قبل من يدعو إلى التفريط^(٢) .

فثبت أن الجراح أجرى عملية خطيرة لا تدعو إليها حالة المريض الصحية
فإن رضا المريض لا يرفع صفة الخطأ عن فعل الجراح بل أنه يعتبر مخطئاً حتى لو
كان المريض هو الذي دعاه إلى إجراء العملية وألح في دعوته متقبلاً كل النتائج
التي قد تسفر عنها^(٣) .

ومن جهة أخرى لا يمكن حل رضا الجاني عليه بالضرر على أنه اتفاق للاعفاء
من المسؤولية بينه وبين الطبيب ففضلاً عن أنه مع التسليم بوجود مثل هذا الاتفاق
الضمني فهو باطل لمساسه بسلامة جسم الإنسان^(٤) .

ويبقى إذن أن خطأ الجاني عليه قد تفاعل مع خطأ الطبيب أو الجراح في
أحداث الضرر . فالضرر بأكمله له في الحقيقة سببان ومن ثم فلا محل للكلام
عن إعفاء كلي من المسؤولية . ولكن هناك مجالاً لتوزيع المسؤولية إذا كان سلوك

(١) قس جنائي ١٩٣٧/٧/١ جازيت باليه ١٩٣٧-٢-٢٥٨ والحكم خاص بمجراح
يقع شخصاً برضائه .

(٢) ملزوم ١٤٩٢ ، ١٤٩٣ ، لاكاس بند ٨٣ .

(٣) لالو طبعة ٢ بند ٥٦١ ديوا في دالوز ١٩٣٦-٢-٩ الصود الثاني جرينوبل
٢ فبراير سنة ١٩٢٨ جريدة جرينوبل ١٩٢٨-٤٥-٢٥ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت باليه
١٩٢٩-١-٤٤ وفي الاستئناف باريس ١٢ مارس ١٩٣١ سيري ١٩٣١-٢-١٢٩
وتعليق بيرو اتحاد سويسري ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣٦ المجلة الفصلية ١٩٣٧ من ٩٠٢ .

(٤) لاكاس بند ٤٤٥١ ، ٦٨ ، ٨٣ قرب ملزوم بند ١٤٩٠ .

المرضى ينطوى على الخطأ والأمر في ذلك مرجعه إلى ظروف الحال^(١). ومع ذلك فإن المحاكم تميل إلى تحميل الطبيب بتعويض كامل خاصة في الأحوال التي يكون عليه فيها أن يقع للريض بدم إجراء العملية لما تنطوى عليه من أخطار لا تتناسب مع الفائدة التي ترجى من ورائها^(٢).

٢ — حالة ارتباط خطأ المريض بخطأ الطبيب :

إذا كان خطأ المريض نتيجة خطأ الطبيب بحيث كانت بينهما علاقة سببية اعتبر الطبيب وحده مسؤولاً عما يتحملة المريض من أضرار^(٣). قلنا إنه إذا اشترك الطبيب والمريض بفعلهما في إحداث الضرر فالقاعدة أنه يجب توزيع المسؤولية بينهما . فهل يشترط لذلك أن تتجمع في فعل المريض عناصر الخطأ ؟

لا شك في ذلك . فالطبيب لا يمكنه أن يمتنع إلا بأخطاء المريض لكي يطلب إعفاءه من المسؤولية كلياً أو جزئياً. والمبدأ لا يحتمل الجدل إذا وضعنا نصب أمينا الأساس الذي بني عليه الاشتراك في المسؤولية . فالأصل أن المدعى عليه مسئول عن التعويض الكامل وإذا كان له أن يرجع على المجنى عليه الذي اشترك بفعله في إحداث الضرر فبشرط أن تتوافر بالنسبة للأركان للمسؤولية وفي مقدمتها أن يكون اشتراكه في إحداث الضرر بفعل خطأ من جانبه^(٤).

(١) لاكاس بند ٨٣ مازو بند ١٤٩٧ ، ١٤٩٨ ديوا في دالوز ١٩٣٦-١٩٣٧-٩٠ .
٢ في الآخر .

(٢) سين ١٩٣١-٢-٢٢٩ وتطبيق بيرو دالوز ١٩٣١-٢-١٤١ وتطبيق جان لو ، أضر لاكاس بند ٨٣ في الآخر ، ٤٤٢٦٣ .

(٣) قرب مازو ١٤٦١ ، وراجع مصر المختلطة ٢٦/٤ ١٩٢٣ جازيت المحاكم المختلطة ١٥-٨٨ رقم ١٣٢ .

(٤) مازو بند ١٤٦٣ دهبج ج ٣ بند ٢٥٢ ، ج ٤ بند ٤٤٨٠٢ بلانيول اسمان ج ٦ بند ٥٦٢ . وهذه الحجة تمهلتنا نرفض رأياً دافع عنه بعض الفقهاء (سليمان مرقس - في نظرية دفع للمسؤولية المدنية - بالنسخة الفرنسية ص ٢٩٢) إذ يقولون إن فعل المجنى عليه لا يؤدي للمدعى عليه المدعى عليه كلياً أو جزئياً من المسؤولية إلا إذا انطوى على عناصر القوة القاهرة أى كان مما لا يمكن توقه ولا استطاع دفعه .

وينبى على ذلك أن الطبيب لا يمكنه في رأى من يرون التمييز شرطاً لوجود الخطأ أن يستند إلى فعل المريض إذا كان مجنوناً مثلاً لتخفيض مسؤوليته ^(١).

ونحن وإن كنا نرى الرأى العكسى إلا أننا نلاحظ أن الطبيب إذا كان عالماً بحالة المريض فإنه يجب أن يقدر ما عسى أن يكون عليه تصرفه الأخرق الذى اقترن بفعله فأحدث الضرر ومن ثم لا يجوز له أن يحتج بخطأ المجنى عليه في هذه الحالة ^(٢).

ويدق الأمر في حالة رفض المريض للعلاج الذى يشير به الطبيب كأن يتمتع عن إجراء عملية من شأنها أن تمحو أو تخفف الأضرار التى تحملها بسبب خطأ سابق للطبيب.

لا شك أن الطبيب لا يستطيع أن يجرى للمريض عملية جبراً عنه ولكن هل عليه وحده أن يتحمل مسؤولية الأضرار التى أصابت المريض بسبب خطئه وقد كان من الممكن محوها لو قبل المريض أن تجرى له العملية.

يرى مازو ^(٣) أن المرجع في ذلك إلى ملائمة الحال، فله مريض أن يرفض كل عملية من شأنها تعريضه للخطر كما هي الحال في العمليات التى تستلزم وضعه تحت البنج. أما إذا كانت العملية لا تتطوى على خطورة ما فإن رفض المريض يعتبر من قبيل الخطأ.

وخطأ المريض كما يحتج به عليه يحتج به على ورثته ^(٤) اللهم إلا إذا كانت دعواه مبنية على ما لحقهم من ضرر أدبى يفقده إذ أن هذه الدعوى شخصية للورثة خطأ المتوفى بالنسبة لها يأخذ صفة الخطأ الصادر من التبر. وهو من ثم لا يبنى المدعى عليه من المسؤولية إلا إذا تجتمعت فيه عناصر القوة القاهرة، ولكن قد يؤثر

(١) قس ١٤/١٢/١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧-١-١٠٥ وتعليق جوسران.

(٢) قس مازو بند ١٤٦٨.

(٣) مازو بند ١٤٧٢، لالو بند ٣٣٦، لالاس بند ٨٢، ١٥١، ٤٤.

(٤) مازو بند ١٤٦٩.

فعل المتوفى مع ذلك في حق الورثة إذ أن تركه المتوفى تنقل إليهم محملة بما عليها من التزامات ومن بينها حق الدعي عليه في الرجوع على المتوفى بنصيبه من المسؤولية عما تحمله من ضرر^(١). على أنهم لا يتأثرون بحق الطبيب في الرجوع على تركه المتوفى إلا في حدود ما تحويه هذه التركة من أصول^(٢).

وإذا كان التقاء مجمين على وجوب توزيع المسؤولية فإنهم اختلفوا في كيفية التوزيع.

قد يقال إن التوزيع يجب أن يتم على أساس القدر الذي اشترك به كل منها في إحداث الضرر^(٣). وهذه الطريقة لها ميزة وضع المسألة على أساسها الصحيح — رابطة السببية — ولكنها مبنية على اعتبار خاطئ. فلقد رأينا كيف أن الأخطاء متكافئة وكيف أنه يستحيل القول بأن كل خطأ على حدة أحدث جزءاً من الضرر إذ الواقع أن الخطأ الواحد يعتبر سبباً للضرر بأكمله.

فالتحليل الصحيح إذن للعلاقة السببية يوجب تقسيم عبء التعويض مناصفة بين المجني عليه والجاني^(٤).

(١) مازو بند ١٤٦٩.

(٢) وذلك طبقاً لقاعدة ألا تركه إلا بعد سداد الديون.

(٣) سافاتيه في دالوز ١٩٣٥-٢-١٧، لوسين ريبير — التعويض عن الضرر رسالة ١٩٣٣ ص ١١٤، ٤٢٤ P 424. Muteau. De la responsabilité civile قض ١٩٣٢/١١/٢٨

مخلاة سنة ١٣ ص ٨١٥ رقم ٤٠١.

(٤) مازو بند ١٤٤٣، ١٥٠٨، ١٦٦٣ وفي سيرى ١٩٢٨-١-١٧٧، وفارن اسمان بند ١٠ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧، ولقد كان القانون الروماني يسقط حق المجني عليه في الحصول على أي تعويض كلما كان لسلوكه دخل في الضرر الذي حصل (مازو بند ١٤٤٩) ويبدو أن شراح القانون الفرنسي القديم قد أخذوا بهذا الرأي (مازو بند ١٤٥٠) ولا زالت القاعدة الرومانية متبعة في القوانين الأنجلو أمريكية فأعمال المجني عليه يسقط عنه في التعويض على الأقل إن لم يرتكب الدعي عليه خطأ عمدياً. فاليد الملوثة لا يصح أن تلمس ممين العدالة الصالح. ولقد سمت المحاكم إلى تحوير هذا المبدأ المجلد نقضت بمسئولية الدعي عليه كلما كان خطؤه لاحقاً لخطأ المجني عليه بحيث كان في استطاعته أن يتلافى حصول الضرر لو أراد. (مازو بند ١٤٥١). وفي ألمانيا نصت المادة ٢٥٤ من القانون المدني على توزيع المسؤولية بحسب الدور الذي كان لكل خطأ في حصول الضرر. ولكن المحاكم في ألمانيا شرعت بتسوية قدر =

ثالثاً : عامة ما اذا سافهم مع خطأ الطبيب عامل غير منسوب اليه
ويلا الى غيره من الناس .

إذا سافهم مع خطأ الطبيب عامل غير منسوب اليه ولا إلى غيره من الناس
كاستهداف المريض الباقى أو تطور المرض أو مضاعفاته فهذا لا يؤثر على قيام
مسئولية الطبيب^(١) ولكن يرى بعض الفقهاء التفرقة بين أمرين :

(أ) إذا كان هذا العامل مما لا يمكن توقفه ولا يستطيع دفعه فتكون له صفة
الحادث القبحاى ويتحم معه إقاص مسؤولية الطبيب بقدر ما سافهم به فى إحداث
الضرر^(٢) .

(ب) إذا كان هذا العامل مما يمكن توقفه أو تفاديه حيث لا يكون له أثر على
مسئولية الطبيب التى تظل كاملة .

وهذا الرأى مبنى على فهم خاطئ . لأساس توزيع المسئولية فى حالة تعدد الأسباب

= المسئولية على أساس درجة السببية فكل خطأ يتسبباً للضرر يأكله . لهذا فهى توزع المسئولية
على أساس درجة جسامه الأخطاء المرتكبة . (مازو بند ١٤٥٢) .

واكتفت بعض التشريعات بتقرير مبدأ توزيع المسئولية تاركة للقضاء الحرية فى إجراء هذا
التوزيع (م) قانون الالتزامات والسببية) والبعض كالقانون النمساوى (م) ١٣٠٤ يقرر أن
توزيع المسئولية يحصل مناصفة إن لم يتيسر معرفة نصيب كل خطأ فى إحداث الضرر (مازو بند
١٤٥٤) . ومن بين هذه النظم المختلفة مالت المحاكم الفرنسية وبعضها بعض التراجيح الى توزيع
المسئولية على أساس درجة جسامه الأخطاء المرتكبة (كولار ٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ دالوز
الأسبوعى ملخص ٩ سنة ١٩٣١ ، فوازنيه ص ٣٣٤ ، بلانول إسمان ج ٦ بند ٥٧٠ ،
روسوفى سبرى ١٩٣٠-٤-١٧ وراجع هنس ١٧/٢٥/١٩٣٠ مجموعة رسمية سنة ٣٧
ص ٩٩٠ حكم رقم ٨٥) وهو حل غير سليم إذ كان الواجب أن توزع المسئولية مناصفة
(مازو بند ١٤٥٥) .

ويرى البعض أن القاعدة التى وضعها المحاكم لا تطبق على المسئولية التقديرية حيث يجب أن
يحصل المدعى عليه التصويص كاملاً .

(١) قرب بلانول وإسمان بند ٥٤١ ، ودعوج ج ٤ بند ٣/٨١١ ، لالو طبعة ٢ بند
٢٩١ ، طبعة أولى بند ١١٠ ، سليمان مرقس نظرية دفع المسئولية المدنية باللغة الفرنسية
ص ٢٤٧ ، مرقى بند ١٤٤ .

(٢) سافافيه ٤٦٤ ، ٧٧٩ ، قرب حشمت أبو سبتى بند ٤٧٩ فى الآخر .

ذلك أن الأصل أن المدعى عليه متى تسبب بخطئه في إحداث الضرر فهو مسئول عن دفع التعويض كاملاً ، فإن وجد شخص آخر اشترك معه بخطئه في إحداث الضرر ، كان له أن يرجع عليه بمجزء من التعويض الذى يلزم به أما هنا فلن يجد من يرجع عليه حتى يخفف عنه عبء التعويض ^(١) .

وعلى ذلك فليس للطبيب الذى تسبب بخطئه في إلحاق الأذى بالمريض أن يستند إلى قوة استهدافه كحادث فجأى يخفف من مسؤوليته ما دام خطؤه قد نشأ عنه الضرر بأكمله ^(٢) . إنما تنتفى مسؤولية الطبيب إن لم يثبت عليه الخطأ أو لم يتدخل خطؤه في إحداث الضرر بل كان راجعاً إلى استهداف ذاتي للمريض نفسه ^(٣) .

الاستماتة بأهل الخبرة في دراسة القضايا الطبية :

هذه هي أركان المسؤولية التي يجب أن يقوم الدليل عليها حتى يسأل الطبيب ولكن تقديرها ينطوى كما رأينا على نواح فنية ليس في استطاعة القاضى أن يلم بها ولذلك قد طالب البعض بإخراج القضايا الطبية من اختصاص القاضى المادى لوضعا في أيدي قضاة يختارون من بين الأطباء أنفسهم فيكونوا أكثر شعوراً بدقائقها وأدق فهماً للعناصر التي يستند عليها للفصل فيها ^(٤) .

وهذا الرأي يؤدي في نظرنا إلى إنكار فكرة العدالة لأن فيه ادعاء بأن

(١) ملازو بند ١٦١٢ ، جوسران التل طبعة ٢ بند ٢/٦٠١ ، خيال محاضراته غير المطبوعة التي ألفت على طلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق سنة ١٩٣٨ في الالتزامات .

(٢) قرب ديموج ج ٤ بند ٢/٤٦٢ في الآخر ، وملازو بند ١٩١٣ ، ويوردو ٩٠/٢٦ سنة ١٩٢٦ G.P. ١٩٢٧-١-٣٥٥ ، نفس ٩/١١/١٩٣٤ G.P. ١٩٣٤-١-١١٠ . عكس جاردنا وريتنى س ٤٠ بند ١٥٤ ، وبلائيول وإسمان بند ٥١١ في الآخر .

(٣) ليون ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سبى ١٩٠٧-٢-٢٣٣ ، نانت ١٩٢٥/١/٢٠ G.P. ١٩٢٥ ١٤ مارس .

(٤) P. Nègre P 140 أنظر Dupuy Dogme du Secret médical P/8

بروواردل بمسئولية الأطباء س ٤٤ ٤٤ ٤٤ Rendu س ٣٧ .

لا عدالة إلا خارج ساحات العدالة بل هو يحتم أن توجد مجالس خاصة بالنسبة لكل طائفة من أرباب المهن للفصل في المنازعات الخاصة بها^(١).

وبنض النظر عما يتضمنه هذا الرأي من هدم المبدأ الأساسي الذي يقضى بأن العدالة يجب أن تكون موجبة للكافة وأن تكون واحدة بالنسبة للجميع فإنه ينتهى بنا إلى تضحية الصالح العام في سبيل تحقيق مصالح فردية للطوائف^(٢).

وليته يحقق هذه المصالح على الوجه الأكمل فإنه يخشى أن يكون الأطباء القاعون بأمر القضاء ممن يتشيعون لرأى معين أو مصالح خاصة فيدفعهم تمسهم للنظريات التي يستقوها لايقاع الظلم بمن يخالفهم في الرأي . بل يخشى أن تكون الأحكام صدى للأحقاد الكامنة التي تولدها المنافسة بين أرباب المهنة الواحدة . فالقضاة بطبيعة تخصصهم أبعد عن الميل والتحيز من الأطباء ومن ثم أقدر على صون العدالة^(٣).

قد يقال أنه من الممكن أن يتلافى هذا الاعتراض إذا حرم على الطبيب الذي يحل للقاء أن يمارس المهنة ، ولكن يجب ألا يغرب عن البال أن الطبيب الذي يعتمد عن التطبيق العملي للمعلومات الفنية يفقد كثيراً من المميزات التي من أجلها نودى بإحالة الفصل في القضايا الطبية إليه .

حقاً إن المفروض أن القاضي لا يلم بدقائق الطب وليس من السهل عليه أن يتبين وجه الخطأ في سلوك الطبيب ولكن في إمكانه دائماً أن يستعين بذوى الخبرة في الفن الطبي لينيروا له ما غم عليه فمه من أسرار القضية^(٤).

وإنه لمن الأهمية بمكان عظيم أن يعرف القاضي الحدود التي يجب أن يقصر عليها بحتمه وتقديره والتي إن تخطاها أتهم نفسه في مسائل فنية يجب أن يظل بمنحها

(١) راندوس ٣٧ ، ٣٨ .

(٢) راندوس ٣٨ .

(٣) نجرس ١٥٠ ، بروواردل مشولية الأطباء ص ٤٩ ، راندوس ٣٩ .

(٤) واليه ص ٩٧ ، ٤٤ بلانش رودي ص ٢٣٤ ، سافتييه بند ٧٧٨ ج ٢ ص ٣٩٥ .

وفقاً على أهل الخبرة . وإذا كان من حق القاضى من بل واجبه أن يستخدم جميع الوسائل التى تدنيه من فهم العمل الطبي فإنه يجب أن تحدّد بدقة الدائرة التى يجب أن يلزمها كل من القاضى والخبير فى بحثه .

وأول مسألة تعرض هى اختيار الخبير والمرجع فى ذلك إلى اتفاق الخصوم فإن لم يتفقوا فله المحكمة أن تعين من بين الأطباء الشهود بكفائتهم ونزاهتهم من تراه جديراً بثقتها أهلاً للمهمة الخطيرة الملقاة على عاتقه ^(١) . ويحسن ألا يكون الخبير ممن يزاولون علمهم فى نفس الدائرة التى يباشر فيها الطبيب المشول عمله دفناً للميل وحرماً للشبهة .

ومتى تم اختيار الخبير وجب على المحكمة أن تحدّد له مهمته بدقة فتين له الواقع التى يستطيع أن يبنى عليها رأياً شخصياً بغير احتياج إلى تقدير أقوال الشهود ^(٢) . وليس للمحكمة أن تحدّد الوسائل التى يستطيع أن يعتمد عليها الخبير فى استجلاء الحقيقة ومن ناحية أخرى لا يجوز أن تقحمه فى الإجابة على أسئلة ذات صبغة قانونية وإن كانت ذات صلة بالناحية الفنية .

والخبير عليه أن يجيب بدقة ووضوح على كل ما يوجه إليه من أسئلة فعلى وضوح تقريره ودقته يتوقف مقدار الثقة التى يوليهها القاضى لأرائه والنتائج التى يستخلصها . فإن أحس الخبير بعدم قدرته على القيام بالمهمة الملقاة على عاتقه فعليه أن يتوجه للمحكمة التى عينته لتختار بدلاً عنه ^(٣) . ولكن من الملم به أن الخبير يمكنه أن يلجأ إلى ذوى الفن ليستعين بأرائهم ويسترشد بمعلوماتهم خاصة إذا تعلق الأمر بوقائع مادية كقراءة صور الأشعة ^(٤) .

(١) فإن أبى خطأ من جانب الخبير قد تكون له أخطر النتائج ويمكن أن تذكر حادثة الدكتور ميلوشافسكى استدعى للكشف على امرأة متهمه بقتل ابنها فقرر أنه يحتمل أن تكون قد وضعت منذ عهد قريب . ثم لم تلبث أن وضعت فى السكون جنباً حياً يصيح بخطأ الطبيب الذى كلف على أمه (نيبير ص ١٥١ فى الآخر ، ١٥٢) .

(٢) ليل ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ ، جازيت باليه ١٨٩٥ — ١ ملحق ١٢

(٣) سين ١٩٣٢/١٢/٢٢ ، جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٦١٩ ، لاكاس بند ٢٣٤

(٤) ليون ١٨٩٧/٤/١٢ ، دالوز ١٨٩٧ — ٢ — ٣٠٤ ، تليق ليلوار على قهر =

وعلى الخبير أن يتجنب في تقريره الآراء التي لا زالت محلًا للجدل الطبي^(١) والليل مع آرائه الشخصية إذا لم تكن محل اتفاق في الفن الطبي^(٢).
ولقد أظهرت محكمة دويه في حكم هام لها بتاريخ ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ الخطأ الذي وقع فيه بعض الخبراء إذ خلطوا بين آرائهم الشخصية وبين الأصول الطبية الثابتة وخطأ محكمة أول درجة التي كان عليها وقد لمست الخلاف بين الخبراء وبين مشاهير الأطباء الذين سمعت أقوالهم في الجلسة أن يتجنب الفصل في مسائل علمية بحتة^(٣).

وعلى الخبير أن يتجنب الخوض في المناقشات القانونية وأن يقصر تقريره على بحث الوقائع المتعلقة بسلوك الطبيب وتقديرها من الناحية الطبية^(٤).

= ١٩٣٢/٦/٣٠ في دالوز ١٩٣٣ — ١ — ٢٣ نفس ١٩٣٧/٥/٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ — ١٩٣٧.

- (١) استئناف دويه ١٨٩٧/٤/١٥ سيري ١٨٩٨ — ٢ — ٧٨.
- (٢) راجع المثل التي أعلاه بروواردل في كتابه عن مسؤولية الأطباء مذكور في مارتان ص ٥٩ ، ٦٠ ، دونديو دوفابر نصرة طبية شرعية ١٩٣١ ص ٤٥٩.
- (٣) دويه ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ ص ٤٣٥ والقضية خاصة بجراح أخذ عليه الخبراء أنه استعمل بنجاحاً كلياً لإجراء عملية استئصال hygroma في ركة مريض فرض بذلك حياته — بنير مبرر — لأخطار ما كان يتعرض لها لو أنه استعمل البنج الموضعي . وعلى الرغم من أن بعض أطباء الطب الذين سمعت أقوالهم في الجلسة قد خالفوا الخبراء فيما ذهبوا إليه وأنكروا أن استعمال البنج الكلي في تلك العملية لم يكن مناسباً — على الرغم من ذلك — قضت محكمة أول درجة بالمسؤولية نالفي حكمها أمام محكمة الاستئناف التي قررت أنه إذا كانت وجهات النظر مختلفة في الحالات التي يجوز فيها استعمال البنج الكلي فليس يصح أن يؤخذ الطبيب على اتصاله الرأي الذي اختاره رئيس المستشفى الذي يعمل فيه .
- (٤) وهو ما قرره محكمة Etampes بحكمها الصادر في ١٦/٥/١٩٣٣ في قضية تلخص ظروفها في أنه جراحاً أغفل قطعة من الشاش في جسم المريض أثناء إجراءاته عملية وقرر الخبراء أنه لم يرتكب خطأ ما ومع ذلك رأوا أنه من المناسب منح السيدة L. V. ٥٠٠ تمويهاً مخففاً نظير الآلام التي تحملتها ... وقد جاء في حيثيات الحكم .

«Attendu pour expliquer cette contradiction tout au moins apparente il faut admettre que les experts ont conclu à l'absence d'une faute alors qu'implicitement ils en ont contracté l'existence, ou bien qu'ils estiment qu'en dehors de toute faute le chirurgien M... serait =

وأول ما يجب على الخبير أن يبحثه هو دراسة حالة المريض وتبعية خط سير المرض والعوامل التي أثرت فيه سواء أكانت راجعة إلى شدة المرض أم إلى قوة استهداف المريض أم إلى العلاج الذي أشار به الطبيب . وهو بهذا البحث يستطيع أن يقدر قيمة القرص التي ضاعت على المريض للوصول إلى الشفاء ومدى الأضرار التي ترجع إلى فعل الطبيب . وعليه بعد ذلك أن يبحث فيما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأً وهي ناحية دقيقة لما تتطوى عليه من عناصر فنية يتسلل على القاضي الإلمام بها وهي العناصر التي من أجلها اضطر إلى الالتجاء إلى أهل الخبرة . وإن الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب كما رأينا يرجع في الغالب إلى أحدسببين :

أولاً — الجهل بالأصول الطبية التي يجب على كافة الأطباء الإلمام بها .

ثانياً — ارتكاب إهمال ما كان ليرتكبه طبيب يقطعاً يحيط بنفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المشلول .

فإن تبين وجود خطأ في سلوك الطبيب فعليه أن يبين عناصره فإن كان هذا الخطأ بحيث تبرره خطورة الحالة أو السرعة التي يجب أن يباشر بها العلاج فعليه

== responsable du dommage causé par le fait de la chose qu'il avait sous sa garde c'est à dire du dommage causé par la compresse, (art. 1384 § I code civil).

Attendu qu'en supposant que cette dernière opinion parfaitement juridique et conforme à l'esprit des plus récentes décisions judiciaires ait servi de base aux experts pour apprécier les faits, le tribunal ne peut en faire état pour résoudre le présent litige;

Attendu en effet que d'une part il y a lieu de tenir compte dans un rapport d'experts non pas des manifestations de l'esprit juridique des experts mais seulement de l'appréciation objective qu'ils portent sur les faits de la cause et que d'autre part la dame L. V., n'a basé sa demande que sur l'application de l'art. 1382 code civil qui oblige à établir la faute du chirurgien. »

والحكم منشور تحت ملامس بر دو ١٩٣٣/٦/٧ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٦١٥ .

أن يوضح ذلك بصراحة ، وليست المسألة في معرفة ما اذا كان الخطأ يبرأ أم جسيماً بل هي تنحصر في معرفة ما إذا كان الطبيب قد أخطأ أم لا .
هذه الأصول تبين لنا بوجه عام الدائرة التي يباشر فيها الخبراء عملهم دون أن يكون هناك مساس باستقلالهم الذي يتجلى بنوع خاص في اختيار الوسائل التي توصل إلى استجلاء الحقيقة وفي الحجج التي يبدونها لتدعيم آرائهم .
وليس القاضي ملزماً بالأخذ برأى الخبير^(١) لأنه لا يمكنه أن يقضى بنفي اقتناعه وبما يرتاح له ضميره ولكن يجب أن تكون هناك أسباب قوية تدعوه إلى مخالفة رأيه^(٢) .

(١) جنح السين ٢٠ يوليوسنة ١٩٠٧ سري ١٩١٠-٢-١٥٣ ، ومخالفة المحكمة لتقرير الخبير في هذه القضية كانت لصالح الطبيب ، سين ١٩١٢/١٠/٢٩ ، سري ١٩١٤-٢-١٥٣ ومع ذلك راجع انتقاد بيرو للحكم في التطبيق عليه لمروج المحكمة على تقرير الخبير ؟ باريس ١٩١٣/١/٢٢ سري ١٩١٨-٢-٩٧ ، باريس ١٩١٩/٦/٢٦ سري ١٩٢٢-٢-١١٣ و دالوز ١٩١٩-٢-٧٣ ، نانس ١٩٢٨/١/١٩ جازيت باليه ١٩٢٨-١-٤١٠ ، روان ٦ مايو سنة ١٩٣١ مجموعة روان وكان سنة ١٩٣١-١-١٢٢ ، سين ١٩٣٣/٢/١٧ جازيت باليه ١٩٣٣-١-٧٣٤ ، هض ١٩٢٩/٣/٧ مجموعة القواعد القانونية . ج ٢ ص ٢٢٥ رقم ١٨٥ ، مصر ١٩٣٣/٥/٣٠ في القضية رقم ٧٨٧ كل سنة ١٩٣٢ ، سم في نفس القضية ١٩٣٦/١/٢ عمادة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ . وراجع أحكام النقض الجنائي المنشورة في مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١٨٥ ، ج ١ رقم ١٩٤ ص ٢٣٦ ، ج ٢ رقم ٥٥٠ ص ٤٨٠ ، ج ٤ رقم ٧٨ ص ٧٠ ، ج ٢ رقم ٣٥٢ ص ٥٥٧ وأحكام النقض المدني المنشورة في المجموعة أيضاً ج ١ رقم ٤٢ ص ٨٤ ، ج ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ ، ج ١ رقم ٣٣٥ ص ١٠٧٤ ، ج ٣ رقم ٣٠ ص ٦٨ .

وراجع أيضاً لأكاس بند ٧٣ ، ٢٣٣ ، ملزو بند ٥١٠ ، ٥١١ ، بلانيول واسمان ص ٧٢٠ ج ٦ هامش ٦ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٧٨ ص ٣٩٥ .
وفي بعض البلاد الأجنبية توجد مجالس طبية هي هيئات دائمة تعمل في مشورة الأطباء ورأيها إلزامي وهذا النظام لم يحقق دائماً الأغراض التي كان ينشدها الأطباء منه (راجع راليه ص ١٠٤) .

(٢) راجع حكم محكمة السين في ١٩٠٧/٧/٢٠ سري ١٩١٠-٢-١٥٣ دالوز ١٩١٢-٢-٣٥٦

والمحكمة استبعدت تقرير الخبير لأنه ثبت لها من شهادة الأطباء الذين سمعت أقوالهم في الجلسة أن ما نسب إلى الطبيب المبالغ من خطأ ليس مبنياً على مخالفة للأصول العلمية المتفق عليها في الفن الطبي .
==

حقا إن أهل الخبرة من الأطباء كثيراً ما يكونون مدفوعين بالليل إلى إفلات

== والمحكمة لم تعرض للمناقشة بين النظريات العلمية وإنما استنبطت من بينها الأصول العلمية للثق عليها والتي نظمتها على الطبيب فلم تتبين وجه الخطأ في سلوكه (راجع الحكم وتعليق بيرو عليه في سيري) .

وفازن حكم باريس في ١٩١٩/٦/٢٦ في سيري ١٩٢٢-٢-١١٣ في قضية تلخص ظروفها في أن امرأة ذهبت إلى طبيب أسنان ليضع لها خرساً فخلع فكها الأسفل وتلف لها عن هذه العملية خراج والتهاب في عظام الفك اضطر معه الدكتور Roy إلى استئصال جزء من عظمة الفك وتقع أسنان .

والمحكمة بعد أن ناقشت تقرير الخبير قررت أنه بي على واقعة خاطئة إذ اعتمد على أقوال طبيب الأسنان من حيث إن الخراج كان موجوداً قبل مباشرته العملية مع أن الثابت أن المدعية عرضت نفسها على طبيبها بعد العملية يومين فتعاهد الخراج في دور التكون الأمر انتهى يستغاد منه أنه حدث نتيجة العملية .

والذي يؤخذ على هذا الحكم ليس استيعاده تقرير الخبير إنما تلصصه خطأ الضيب في خطورة النتائج التي أفضى إليها العلاج وهو ما انتهى بالحكم إلى خوص مسائل علمية ما كان يصح للمحكمة أن تتفرد ببعضها بعد أن استبعدت تقرير الخبير وما استخلصه من تأييد . (بيرو في التطبيق على الحكم في سيري) .

فقد قالت المحكمة بعد أن قررت أن الخراج قد حصل للرخصة نتيجة العملية ما لسه :

«Que cette constatation ne suffirait pas, cela va sans dire pour établir la faute opératoire de Dr.. mais qu'il doit en être autrement quand suivant l'évolution du mal ainei provoqué et qu'il eût été bénin s'il ne se fût agi que d'une simple déchirure de la gencive toujours possible quand on extrait une racine ou en arrive à constater la nécrose du maxillaire avec séquestre; qu'il est évident que la nécrose du maxillaire n'est pas un mal spontané qu'il est ou le résultat d'un état général morbide spécifique à l'évolution plus ou moins lente ou la conséquence d'un trauma violent de l'os dont les suites sont alors plus immédiates dans leurs manifestations; Or considérant que la demoiselle J., étant par ailleurs absolument saine il faut nécessairement admettre pour expliquer la gravité des conséquences de l'accident dont elle a été la victime que D... procédant avec d'autant plus de légèreté qu'il était moins expérimenté et que l'opération était plus délicate a atteint le maxillaire qu'il a gravement lésé déterminant une nécrose avec séquestre à évolution relativement rapide qu'on ne peut raisonnablement dire d'une telle opération qu'elle a été pratiquée suivant les règles de l'art; que des circonstances de fait ci-dessus analysées, résulte à l'évidence une faute lourde à la charge de ==

زملاتهم من المسؤولية ، ولاغرو هذا التضامن الحرقى موجود دائماً بين أهل الطائفة

== l'opérateur que D.. préposé de X a donc commis une faute opératoire certaine qui engage la responsabilité civile du dit X.. ==

ولا يموت أن تلاحظ أن هذا الحكم استحدث وسيلة جديدة للآليات من شأنها أن تثقل في عبء المسؤولية على الأطباء . فالهككة لم تصمد إلى استخلاص الخطأ المنسوب إلى الطبيب بطريق الدليل الإيجابي بل عمدت إلى حصر المسؤولية في فعل الطبيب بيد أن استحدثت إمكان حصول الضرر من سبب آخر ، ولا يخفى أن الاستدلال بهذه الطريقة لا يصح إلا إذا كان من الممكن حصر الأسباب التي تتفاعل في سير المرض ونتيجة العلاج (راجع سم ١١/٢/١٩٣٣. ت. ١٢. ٤٦ ص ٩) وهو مالا يمكن القطع به في أغلب الأحوال إزاء أجسام تختلف قوة استهدافها وأمراض تتفاوت شدة وطأتها وفن لم يصل بعد إلى حد الكمال .

راجع في استبعاد الاستدلال بهذه الطريقة محكمة دويه في ١٩٢٤/٧/٢١ جازت باليه ١٩٢٤-٢-٥٤٥ في قضية تلخص ظروفها في أن امرأة توفيت عقب عملية ولادة وثبت من تقرير الصفة التشريعية أن الوفاة حصلت نتيجة تسمم قحاشي عفن .

زعم المدعى أن عدوى الـ Streptocoque ما كانت لتصل إلى المتوفاة إلا نتيجة سبب خارجي ومن ثم فهي ترجع إلى فعل الطبيب الذي أهل في اتخاذ ما يفرسه الفن من احتياطات لمنع حصولها .

ولكن المحكمة لاحظت بحق — متمشية في ذلك مع تقرير أهل الخبرة — أن ليس لزاماً أن تكون العدوى قد وصلت إلى المتوفاة من يد الطبيب لأنها قد تحصل من أهل المنزل الذين يغوتهم أحياناً اتخاذ الحيطة اللازمة في النظافة لأسباب وأن والده المتوفاة قد تولت بنفسها العناية بها .

وخرجت المحكمة بأن الفرائض التي استند إليها المدعى لا تستند إلى وقائع ثانية حن يمكن قبولها .

فأمر مع ذلك حكم محكمة السين في ١٧ فبراير سنة ١٩٣٣ جازت باليه ١٩٣٣-١-٧٣٤ في قضية تلخص ظروفها في أن مريضاً أصيب بقرحة حادة على أثر استعمال الأشعة في الكشف على جبهائه الهنسي .

قرر الخبراء أن لاشكاً يمكن نجه إلى طبيب الأشعة ولكن المحكمة لم تر الأخذ برأي الخبراء وقررت :

«Attendu que le tribunal ne saurait suivre les experts dans leurs conclusions relatives à la responsabilité du défendeur que ces conclusions sont loin d'être précises et formelles;

Attendu que rien ne permet d'établir l'existence d'une idiosyncrasie aux rayons Roëington analogue à celle qui existe à l'égard de certains médicaments chimiques;

«Attendu qu'en provoquant une radiodermite extrêmement sérieuse ==

الواحدة الذين يمسون بمخاطر اللثة ويمطون أنفهم ليسوا أنفسهم بآمن من مسئوليتهم، ولكن هذه الرغبة يجب ألا يكون من شأنها أن يتدفع القضاة في استنتاج وجه الخطأ في سلوك الطبيب بناء على فهمهم لظواهر قد يتقضاها الفن الذي تخصص فيه غيرهم^(١).

والقاضي في كل ما يتعلق بالمسائل الفنية يكتفى باتباع رأى أهل الخبرة^(٢). ومع ذلك يلاحظ أن وجود عادة مستقرة بين الأطباء على اتباع سلوك معين لا يفقده الحق في الحكم على هذه العادة إذا كانت لا تتفق مع الحيلة والحذر اللازمين^(٣). وإذا كان على القاضي أن يرعى منتهى الحرص في مناقشة الآراء الفنية التي يلقى بها الخبراء فإن من حقه بل من واجبه أن يناقش وقائع القضية على ضوء هذه

= qui prouve, toute autre cause exclue, que la limite d'absorption normale a été largement dépassée, le défendeur a commis une faute dont il doit réparer les conséquences préjudiciables.

ولمصرى إنه لم يبق للقاضي إلا أن يتشكى مع منطوقه إلى النهاية فيسلك بألة الأشعة ليعين الطبيب كيفية استعمالها فقد جعل من الضرر قرينة بالمسئولية وهو وضع تأباه العلوم الطبية التي لم تصل بعد إلى حد الكمال.

راجع أيضاً حكم محكمة روان في ١٩٢٣/٤/٢١ سبى ١٩٢٤-٢-١٧ في كيفية مناقشة المحكمة لرأى أهل الخبرة واستبعادها لقرينة التى رأت فيه خروجاً على دائرة اختصاصهم فقد سلموا بوقوع خطأ من الطبيب ثم ثبوا أن هذا الخطأ يوجب مسئولية لعدم بلوغه درجة الجسامة المشترطة للماديين ٣١٩ ، ٣٢٠ ع .

(١) سوهاج ١٩٤٣/٢/١٠ في القضية الواردة بالجدول رقم ٢٧٠ سنة ١٩٤٢ كلى .
(٢) باريس ١٨٩٨/٣/٤ سبى ٩٩-٢-٩٠ والتعليق ؟ ليون ١٨٥٩/١٢/١٥
سبى ١٩٠٩-٢-٣٢١ ، دويه ١٩٣١/١/١٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ - ملخص ٩ ،
سم ١٩١٢/٤/٢٩ B.J.L. سنة ٢٤ ص ١٦٦ .

(٣) باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣-٢-١١٣ مازو ج ١ بند ٥١١ ص ٥٥٥
لالو في دالوز ١٩٣٣-٢-١١٣ فذلك الجلسة الانتخابية ١٩٣٧ ص ٦٢٩ ؟؟ راجع أيضاً
هالجبورى ج ٢٣ بند ٨٢٦ ص ٥٧٣ ، ٥٧٤ ويثيل ص ١٠٦٩ .

فان عرائش ١٠/٣١ سنة ١٩٣٣ G.P. ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ والمحكمة الجراح من
المسئولية ، مصطفى مرعى بند ٤٢ ص ٣٢ ؟؟ ومازو بند ٤٤٠ وبلانزول وامان بند ٥١٩ ، ديفلو
ص ٨١ ودينوج ج ٣ بند ٢٥٦ وهو يرى أنه في غير حالة الظروف الاستثنائية لا يعتبر
الانسان مخطئاً إذا أقرم بسلوكه حكم عادة معينة .

الآراء وأن يزن شهادة الشهود ويقدر ما تنطوى عليه من حقائق الدعوى ويرجح بين أقوال الخصوم ليستخلص عناصر المسؤولية إن وجدت في سلوك الطبيب .
ونحن نقر الحثيات الحكيمة التي وردت في حكم محكمة جنح مرسيليا^(١) الذي جاء فيه أن «البيانات التي يدلى بها أمام القضاء بعد مرور أكثر من سنتين على الوقائع الشكوك منها قدت أمانتها ودقتها وربما طبعت بطابع من الليل والمهوى وشابها من الذاكرة ما كانت لتتم عنها الشهادات الاختيارية البعيدة عن المؤثرات الخارجية والقريبة من التصرفات التي تخبر عنها... وأن شهود عملية طبية كولادة مثلاً قد لا تكون لهم من الصفات ما يمكنهم من الحكم على عمل الطبيب ... وأن إحساسهم بالرفق والمهم العائلي ومنظر استئصال الأعضاء الذي تحمله كائن عزيز عليهم ربما يكون قد أثر على شهادتهم وطبعا بطابع المبالغة على غير قصد منهم» .
من كل ما تقدم يتضح أن الصفة المهنية في الخطأ الطبي لها تأثيرها في تقدير الخطأ إذ يجد القاضي نفسه عاجزاً في أغلب الأحيان عن اتخاذ رأى بشأن ما ينسب للطبيب من أخطاء فيلتجئ حتماً ولاماً إلى ذوى الخبرة في الفن الطبي ليوضحوا له ما غم عليه فهمه ويسدوا ما تنطوى عليه معلوماته من قصص^(٢) .

(١) مرسيليا ١٩٢٧/١/٢٠ راجع حثيات الحكم في ديفلو ٨٣؟؟

(٢) سم ١٩١٠/٢/٣، B. لمل ١٩٢٢-١٩٢٠ .

القسم الثاني

مدى المسؤولية الطبية

وإذا كان للصبغة المهنية أثرها في تقدير الخطأ الطبي بل وفي تقدير أركان المسؤولية بوجه عام فإن لها أهميتها في معرفة الالتزامات الواقعة على عاتق الطبيب . فسواء أوجد عقد بينه وبين المريض أم لم يوجد فإن المرجع في تحديد التزاماته إلى القواعد المهنية^(١) تلك القواعد المستمدة من طبيعة الوظيفة الانسانية التي يضطلع بها الطبيب ومن الأصول الطبية التي تحكم الفن الذي يزاوله . وإذا كنا قد عرفنا الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب بأنه الإخلال بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته فإنه يبقى علينا كي نحدد قواعد المسؤولية الطبية أن نبين هذه الالتزامات ومداهما مستلهمين في ذلك بطبيعة الحال القواعد المهنية وما استخلصته المحاكم منها في القضايا التي عرضت عليها .

من المتفق عليه صراحة وقضاء أن عقد التبلاج يوجب على الطبيب الالتزام بالسلامة ولكن ليس معنى ذلك أنه يفرض عليه ذلك الالتزام المحدد بضمان شفاء المريض^(٢) فإن ذلك الشفاء يتوقف على عوامل واعتبارات لا تخضع دائماً لسلطان الطبيب أو الجراح كمناعة جسم المريض ودرجة استهدافه وحالته من حيث الوراثة وحدود

(١) ديفلو ص ٥٠ ، مازان ص ٤٨ ، ٧٠ ، بالمري Balmery بند ٤٤ ، سافاتييه بند ٧٧٦ ج ٢ ص ٣٩٢ .

ولقد كان القول بإزاء وحدة التزامات الطبيب أن يوجد نظام موحد للمسئولية الطبية في جميع الأحوال . ولكن إلى أن يترف الشارع بوجود المسؤولية المهنية وفرد لها الأحكام الخاصة بها سيظل الأطباء خاضعين لأحكام المسؤولية التصيرية حتماً ولأحكام المسؤولية العقدية حتماً آخر بحسب ظروف الأحوال .

(٢) تقرير جوسران في قضية ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩١ : ٤٤ مازو ج ١ بند ١٥٩ ص ٢٠٦ ماطر مرافضة في قضية ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٣ ناست تطبيقاً على إكس ١٦/٧/١٩٣١ دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ ناست تطبيقاً على قرض ٦/٢٧ سنة ١٩٣٩ P 55 Dalloz critique Jurisp .

ويعبر عن ذلك بعض فقهاء الصرية الاسلامية بقولهم إنه لا كان الطبيب واجباً على الطبيب فإنه لا يحتر مسئولاً عما قد يؤدي إليه عمله لأن القاعدة أن الواجب لا يتهدد بشرط السلامة . [التصريح الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي تأليف عبد القادر عوده ص ٥٢٠] .

الفنون الطبية التي قد تقصر عن علاج المرض^(١)، وقد قيل بحق أن ليست هناك أمراض بل مرضي فجعل الطبيب مسئولاً عن نجاح العلاج يخرج بنا عن حدود الإنسانية الضيقة أذ الطبيعة لا تزال غامضة ، والطبيب لا يزال عاجزاً ، وفن المعالجة إذا امتاز عن كل فن آخر فأنما امتازة إدراك المجهول من الطبيعة ، فهو إن أصاب مرة فلا بد أن يخطئ أخرى، فقرر بمسئولية الطبيب إذا لم يشف المريض خروج بالإنسانية عن طبيعته التي خلق بها وإفراط في تصور التكليف الإنسانية قاطبة^(٢) .

وليس هذا فحسب بل إن الطبيب لا يلتزم بأية نتيجة مهما كانت في علاج المريض فهو لا يلتزم بمنع المرض من التطور ضد مصلحته ، هو لا يلتزم بأن لا تسوء حالته ، هو لا يلتزم بأن لا يتخلف عنده عاهة بالغة ما بلغت من الشدة وفي النهاية هو لا يلتزم بأن لا يموت فحدث كل هذه المصائب للمريض بل وأشد منها إن أمكن تصورهما لا يبقى في ذاته أن الطبيب قد أخل بالتزاماته^(٣) فهو في أحسن الفروض لا يفعل أكثر من مساعدة الطبيعة لكي تقوى عوامل المقاومة في جسم المريض ، فكما قال أمبرواز پاريه متحدثاً عن نفسه «أنا أعالج ما الله يشفيه»^(٤) . وفي كثير من الحالات هو لا يفعل أكثر من التخفيف من آلام المرض أو تأجيل المصير المحتوم الذي يدفع إليه المريض .

(١) روم ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ وتليق R. C. جازت باليه ١٩٢٩-١-٦٤٩ راجع ٦٥١ عمود أول ، يزانون ١٩٣٣/٣/٢٠ دالوز الأسبوعي ١٩٢٣ م ٧٩٧ .

(٢) وفي ذلك يقول R. C. فتعليقه على حكم روم ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ ، جازت باليه Exiger la guérison d'un malade ou le succès : ٦٥١-١-١٩٢٩ عمود أول d'une opération c'est témoigner sans doute d'une belle confiance dans les destinées de la science médicale, mais c'est exposer les praticiens à payer souvent trop cher le prix d'un tel témoignage.

(٣) جرای ١٨٧٣/٧/٢٩ سري ١٨٧٤-٧-٥٨ دالوز ٥٨-٧٤-٥-٤٣٦ ، باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ جازت باليه ١٩٢٥-١-١٦٦ ، روم ١٩٢٩/٢/٥ جازت باليه ١٩٢٩-١-٦٤٩ مصر الاجتماعية ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ م ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ ألكسندرية في ١٩٤٢/١٢/٣١ في القضية رقم ٢٦٤ سنة ١٩٤٢ ك، جيل م ١٦٧ ، وديم فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ م ٤١٦ ، ٤١٧ .

(٤) في مراصة مائر في دالوز ١٩٣٦-١-٩٣ .

والطبيب في وسط هذا البحر الزاخر من المشاكل التي يتحتم عليه حلها لا يستطيع أن يتأكد من نتيجة جهوده . قد يأتي من جانبه كل الاحتياطات الممكنة دون أن يجنبه ذلك احتمال الخطأ وخطر الحوادث . وهذا الخطر الذي يتعرض لها الطبيب لزاماً في عمله اليومي لا يمكن أن نحمله بها إذا لم يمكن نسبة الخطأ إليه . فمن الناحية الطبية البحتة قد يكون من المستساغ أن يحكم على الطبيب بنتائج أعماله وقد تكون هذه الفكرة موجودة في أذهان الجمهور ولكن من الناحية القانونية لا يمكن الأخذ بها فليس إخفاق الطبيب دليلاً على خطئه بل إن نجاحه قد يكون راجعاً إلى مقاومة ذاتية أو غلطة سعيدة .

الطبيب لا يلزم إذن بشفاء المريض ولا بمنع تطور المرض ضد مصلحته ، هو لا يتحمل تبعه الفلأط ولا خطو الحوادث^(١) وكل ما عليه على حد تعبير محكمة مصر

(١) وسنرى تطبيق ذلك في موضع آخر من الرسالة وقد جاء في كتاب تبين الخفايا ص ١٢٧ ج ٥ ما نصه « لا يضمن حجام أو بزاع أو فصاد لم يبد الموضوع المتباد لأنه التزمه بالقد فصار واجباً عليه والفصل الواجب لا يجلب الضمان كما إذا حد القاضي أو عزز ومات المضروب بذلك ، إلا إذا كان يمكن التحرز عنه كلفق الثوب ونحوه لأن قوة الثوب ورقه يعرف به ما يحتمله من الدق بالاجتهاد فأمكن تهديد بالسليم منه بخلاف القصد ونحوه فإنه يبنى على قوة الضع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله من المرح فلا يمكن تهديد بالسليم وهو غير الساري فسقط اعتباره إلا إذا جاوز المتباد فيضمن الزائد كله إذا لم يهلك وإن هلك يضمن نصف دية النفس ، وتلاحظ في مذهب أبي حنيفة أن القاعدة هي أن الضبيب لا يسأل متى لم يتجاوز الموضوع المتباد وكان فعله على وفق الرسم ويظنون ذلك بأن الهلاك ليس بمقارن للعمل وإنما هو بالسراية بعد تسلم العمل ، والتحرز عنها غير ممكن ، لأن السراية تبنى على قوة الطباع وضمتها في تحمل الألم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يكن التقيد بالمصلحة من العمل لتلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة (الهداية والفتاوى ج ٧ ص ٢٠٦) .

وقد ذكر الميرزا في كتابه التاج والاسكندر لمختصر خليل (مذكور في مقال الشيخ عبد العزيز المراغي عن مسئولية الطبيب مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢١١ ، ٢١٢) أنه لاضمان على الطبيب إذا سق المريض فوات من سقيه أو كواه فوات من كبه أو قطع منه شيئاً فوات من قطعه هنا إذا لم يضل . في ضله .

وذكر في شرح الأذهار في فقه الزيدية ص ٢٨٣ ج ٣ عند قول المتن « ولا أرض للسراية عن المتباد من بصير » .

هو أن يعنى المريض العناية الكافية وأن يصف له من وسائل العلاج ما يجرى به شفاؤه من مرضه^(١).

ولقد قيل أن ليس له أن يلتزم بأزيد من ذلك لأن مثل هذا الالتزام مستحيل ولا التزام مع المستحيل^(٢) ولكن هذا القول بعيد عن الصحة فالاستحالة التى تمنع من وجود الالتزام هى الاستحالة المطلقة المقارنة لنشوته وطلاننا أن قلب المريض ينبض بالحياة فلا يمكن القول بأن شفاؤه مستحيل، فإن طرأت الاستحالة بمذلل فلا تأثير لها على التزام الطبيب الذى وجد صحيحاً. كل ما فى الأمر أنه يبدو أنه لو كانت استحالة شفاء المريض غير راجعة إلى فعل الطبيب فلا محل لمسئوليته، والقول بأنه يظل مع ذلك مسئولاً عملاً بالالتزام الذى أخذ على عاتقه، فيه معنى تحميله بتبعة القوة القاهرة. ومع ذلك فلنأمر ما يمنع قانوناً من أن يأخذ المسدين على عاتقه عبء القوة القاهرة^(٣) فيتحمل تبعاتها برضاه واختياره ومن ثم فليس هناك ما يمنع الطبيب — ولو أن العادة لم تجر بذلك — من أن يتعهد قبل المريض بنتيجة

(١) مصر سنة ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ من ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ روم ١٩٢٩/٢/٥
جازيت باليه ١٩٢٩-١-٦٤٩، يتراسون ١٩٣٣/٢/٢٠ سبى ١٩٣٤-١-١١
دنوز الأسبوعى ١٩٣٣-٥٣٧، لالو فى دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣١ القود التى نزم أحد
المصادقين بسلامة الآخر من ٣، لالو فى دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣١ § ٤ من ٣٩ وما بعده
فى من ٤٠.

(٢) مازان من ٣٨، بلانش روديه من ١٩٥، ١٩٦.

(٣) راجع دكتور وديع فرج «اعفاقات الاعفاء من المسئولية» محاضراته غير المطبوعة لعم
الدكتوراه سنة ١٩٤١.

والمادة ٢٢٢ من مشروع تقبى القانون الذى «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن
سبب أجنبي لا يد له فيه كعاهات غلأى أو قوة القاهرة أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتجوىض
هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك».
وكذلك نص المادة ١/٢٩٥ إذ قالت «يجوز الاتفاق على أن يحصل المدين تبعاً لمحدثات القباى
ونقوة القاهرة».

وتتبع للمذكرة الانضاحية إلى أن حكم هذه المادة ليس إلا احتياطاً لقواعد التى جرى انقضاء
المصرى على اتباعها فى هذا الشأن.

معيّنة^(١). بل لقد قيل فعلا إن التزام الأطباء الذين يزاولون جراحة التجميل هو في الأصل إلتزام بنتيجة^(٢). فيظل الجراحون — اللهم إلا إذا اشترطوا غير ذلك — مسئولين عن عدم الوصول بالتزامهم إلى النتيجة التي تصهوا بها حتى يثبتوا القوة القاهرة أو الحادث الجبرى .

وإذا كان الأصل ألا يسأل الطبيب عن شفاء المريض فإنه يحصل أحيانا أن يكون الطبيب ملزما بالتزام محدد بسلامة المريض لامن عواقب المرض بل من خطر الحوادث أو العدوى وهى غالباً الأحوال التي يقرن فيها القصد الطبى بقصد إرواء بمسئقى ، ففى هذه الحالة^(٣) ، لا يكتفى المريض بأن يأويه الطبيب فى المستشفى ويقدم له الغذاء المناسب بل يتطلب منه سلامة جسمه بحيث يظل الطبيب مسئولاً عن الأضرار التي تلحقه مدة إقامته فى المستشفى ما لم يثبت أنها من عوارض المرض الذى دخل المستشفى وهو مصاب به أو أنها حدثت نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائى^(٤) .

(١) حتى وإن كانت شفاء المريض — برينون فى التطبيق على حكم النفس فى ١٩٣٦/٥/٢٠ سبتمبر ١٩٣٧ — ١ — ٣٢١ ، غرائض ١٩٠٢/١/٢٠ دالوز ١٩٠٤ — ١٤١ — ١٤١ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٧٥ ص ٣٩٠ و ٣٩١ ، ناست تطبيق على أكس ١٩٣١/٧/١٦ دالوز ١٩٣٢ — ٢ — ٥ ، برينون تطبيق على قض ١٩٣٧/٧/١٣ سبتمبر ١٩٣٩ — ١ — ٢١٦ .

فأرن عبارة معين المحاكم ص ١٩٨ وحاشية الطيطاوى ج ٤ ص ٢٧٦ : سئل نعم الأئمة الحليى عن سببة سقطت من السطح فافتح رأسها فقال كثير من الجراحين إن سقطت رأسها تعوت وقال واحد منهم إن لم تقوه اليوم أنا أعقه وأبرئها فقعه ثم ماتت بعد يوم أو يومين : هل يضمن ؟ قال ملين ثم قال : لا إذا كان الشق بافئو كان متعاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم . فقيل له : إنما أدنوا على أنه علاج مثلها فقال : ذلك لا يوقف عليه ، فاعتبر نفس الأذن . قيل له فلماذا هذا الجراح : إن ماتت فأنا ضامن : حل يضمن قال : لا

وعبارة الهادية « ولو شرط على الجلبام ونحوه السمل على وجه لا يسرى لا يصح لأنه ليس فى وسعه إلا أن يصل غير المتاد فيضمن » تنالا عن مقال الشيخ عبد العزيز الراغى فى مسؤولية الطبيب ، مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢١٢ .

(٢) بودران — جراحة التجميل مذكور فى سافاتييه ج ٢ بند ٧٧٥ ص ٣٩١ هامش ١ .

(٣) ملزو ج ١ بند ١٥٩ ص ٢/١٥٩ ؟؟ فأرن سافاتييه بند ١٣٨ .

(٤) ملزو ج ١ بند ١٥٩ ص ٢/١٥٩ ؟؟ فأرن بودردو ١٩٢٩/٣/١٤ وتطبيق ديموج المجلد =

وهذا الحكم لا يحتل الجدل إذا كان المريض قائداً لقواه العقلية ، فالنقض الأساسي من القيد هو ضمان سلامة المريض من سوء تصرفه ^(١) . ولكن الحكم صحيح أيضاً في أحوال أخرى ، فقد حكم بأن المستشفى الذي وضعت فيه طفلة يسأل عن المرض الذي تصاب به الطفلة مدة إقامتها بالمستشفى وفي ذلك قررت محكمة استئناف بورجو ^(٢) أن المستشفى بقبوله الطفل قد عقد على نفسه ضمناً الالتزام بالحلول محل أمه في كل ما يتعلق برعايته وسلامته الروحية والجسدية وأن طبيعة المرض الذي أصيب به الطفل تم عن الإخلال بهذا الواجب ومن ثم عن حصول خطأ تقاعدي لا يمكن أن تعفى المستشفى من المسؤولية عنه إلا إذا ثبت الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل التبر الذي يسأل عنه .

ولقد حكم أيضاً بأن مدير المستشفى يسأل عن العدوى التي تلحق المريض أثناء معالجته بالمستشفى ^(٣) . فلي أي أساس أقرت المحاكم بوجود هذا الالتزام ؟ كان المفروض أن ترجع المحاكم مثل هذا الالتزام إلى الإرادة المشتركة للطرفين إذ أن لها وحدها ، في غير حالة النص ، القوة المنشئة للالتزام ، وهو الأساس الذي بنى عليه الفقه وجود الالتزام بالسلامة في بعض العقود .

ولكن من يراجع لغة المحاكم يجد أنها لم تستوح هذا الالتزام من الإرادة المشتركة لما في تحميلها به من تصف في بعض الأحيان ^(٤) ، بل إنها فرضته على المتعاقدين دون أن تحاول تبرير ذلك بالرجوع إلى المبادئ العامة وهو سلوك لا يمكن تفسيره إلا بأنه عمل من أعمال السلطة أدمجت به المحاكم الالتزام بالسلامة ضمن عقد العلاج والمشكلة

= الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٧١٥ وعرائض ١٤/١٢/١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧-١-١٠٥ وتطبيق جوسران سيري ١٩٢٧-١-١٠٥ وتطبيق اسمان .

(١) عرائض ١٤/١٢/١٩٣٨ جازيت بإيه ١٩٣٨-١-٤٧٥ ، مازو ج بند ٢/١٥٩ ص ٢٠٧ وسافاتييه بند ٧٨٤ .

(٢) بورجو ١٤/٣/١٩٢٩ المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ وتطبيق ديوج .

(٣) كولار ١٧/١٢/١٩٣٥ جازيت بإيه ١٩٣٦-١-٣٧٨ ، ديلو ص ١٧٣ ، مازو ج بند ٢/١٥٩ .

(٤) قارن في عقد النقل جوسران النقل بند ٨٨٨ .

في ذلك تنحصر في معرفة مدى حق القاضي في تقرير مثل هذا الالتزام^(١) .
ومن للؤكد بداهة أن القاضي يجب ألا يسرف في استعمال هذا الحق ومن
ثم يبقى التزام الطبيب في الأصل إلزاماً بوسيلة^(٢) أى يبذل عناية في سبيل شفاء
المريض ، فما نوع هذه العناية وماهى حدودها ؟
قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦
أن العقد الذى يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول إن لم يكن بطبيعة
الحال الالتزام بشفاء المريض فعلى الأهل بأن يبذل له عناية لا من أى نوع بل
جهوداً صادقة يقظة متفقة في غير حالة الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية
الناطقة^(٣) .

(١) وتعرضنا في ذلك المشكلة الكبرى في بيان مدى سلطان القضاء والقانون .
راجع في تحليل القضاء الذى أدمج الالتزام بالسلامة في بعض العقود بران ٢٠٦؟؟ خاصة ٢١٣ ،
وديع فرج محاضراته غير المطبوعة قسم الدكتوراه سنة ١٩٤١ «انقاعات الاعفاء من المسؤولية»
(٢) سين ١٩٣٨/١/٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ — موجز الأحكام ١١ . جوسران
تقريره في قضية النقض ١٩٣٦/٥/٢٠ دالوز ١٩٣٦-١٩٣٦-٩١ . مرافعة مائر في قضية
النقض ١٩٣٦/٥/٢٠ دالوز ١٩٣٦-١٩٣٦-٩٣ . ناست تعليقاً على اكس ١٩٣١/٧/١٦
دالوز ١٩٣٢-٢٠٥ . ديسوج ج ٦ بند ١٨٠ ص ١٨٤ ، سالتاتيمج ٢ بند ٧٧٥ ص ٣٩٠
وبند ٧٧٨ ص ٣٩٥ .

(٣) قض ١٩٣٦/٥/٢٠ سبى ١٩٣٧-١-٣٢١ و دالوز ١٩٣٦-١-٨٨ .
مرافعة مائر في دالوز ١٩٣٦-١-٩٣ . تقرير جوسران في دالوز ١٩٣٦-١-٩١ .
قض في أول يولية ١٩٣٧ سبى ١٩٣٨-١-٦٠ ، باريس ١٩٣٨/٣/١٨ دالوز الأسبوعي
١٩٣٨-٣٧٧ ، باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢٥-١-١٦٦ ، سين ١/٤
سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ملخص ١١ ، قض ١٩٣٩/٦/٢٧ دالوز الانتقادي للقضاء
ص ٥٣ وتطبق ناست، وقض ١٩٤٠/٥/٢٧ دالوز الانتقادي للقضاء ص ٥٣ وتطبق ناست ،
ليزوبو ١٨ مارس ١٩٤٢ دالوز الانتقادي للقضاء — قسم القضاء ص ١٦٤ ، قض ١٩٣٨/١/١٨
سبى ١٩٣٩-١-٢٠١ ، بريتون في سبى ١٩٣٩-١-٢١٦ ، مصر جعج مستأخة
١٩٠٤/٤/١٩ استقلال سنة ٣ رقم ١٩٠ ص ١٠٤ ، سم ١٩٣٣/١١/٢ د.ل.٤٦B-٢-٩٠ ،
مصر سنة ١٩٣٩ « متى خرجت الواقعة المنسوبة إلى الطبيب بصيحتها عن نطاق البحث العلمى
ومتى صار من الواضح أن الأمر لا يتطوى على خلاف فني بل على إهمال وجهل بالأشياء التى تعين
على كبل طبيب أن يعرفها ولم بها غيشتد مع الأمر في طائفة الاختصاص القضائي » . حقوق سنة
٥٤ ص ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ . وفي طبيبكاجا راجع Bruges ١٥ يولية ١٨٩٥ بازيكرزى
١٨٩٦-٣-١٠٢٠ .

وهذه العبارة التي يمكن تقريبها من عبارة الحكم المعلنون فيه حيث قال «جهوداً متواصلة نيرة حذرة» ليست إلا إبرازاً لما جرى عليه القضاء ردحاً من الزمن^(١)، فإن نظرة دقيقة إلى الأحكام التي صدرت بشأن المسؤولية الطبية تبين لنا بوضوح أن عبارة محكمة النقض ليست إلا تسييراً عن مضمونها القانوني.

وهذه العبارة لم يقصد بها بطبيعة الحال الإحاطة بكل الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب إنما هي تبين بصيغة مجملة نوع هذه الالتزامات وحدودها فإن نحن أردنا بياناً شاملاً لالتزامات الطبيب يمكننا أن نقول إنها على نوعين فبعضها طبي بحث والبعض الآخر متعلق بواجبات الطبيب العامة^(٢).

أولاً: الالتزامات الطبية البحتة :

الالتزامات الطبية بالمعنى الفني محلها في الغالب أن يبذل الطبيب عناية بالمرضى على أنه يصح أن يكون الفرض منها شيئاً آخر فكثيراً ما يطلب الحريف أن تقتصر جهود الطبيب على شخص حالته وإعطائه شهادة بذلك وعلى الطبيب إذن أن يشخص حالته ويقدم له الشهادة المطلوبة .

== فإن جرى ١٨٧٣/٧/٢٩ وقد قررت أنه إذا لم يكن من الجائز أن يعتبر الطبيب مسؤولاً بمجرد إخفاقه أو غفله في العلاج فالحال: غير ذلك إذا أجرى على المريض تجارب خطيرة وأهمل مراعاة المبادئ التي يقضى بها العقل في العلاج (سيري ١٨٧٤-٢-٥٨، سيري ١٨٧٤-٥-٣٦). ورغم أن هذا الحكم يدعو إلى التساؤل فيما إذا كانت المحكمة قد قصدت - بقولها إن الطبيب يلتزم بمراعاة المبادئ التي يقضى بها العقل في العلاج - أن يكون للمعالم الحق في بحث النفايات الطبية ووسائل العلاج، فنحن نعتقد أن الحكم بعيد بطروقه عن أن يكون مقررراً لبدأ .

راجع ديموج ج ٦٥ بند ١٨٠، سافاتييه ج ٢ بند ٧٧٥ م ٣٩٠ .
ويبر نفاة الشريعة عن التزام الطبيب باتباع الأصول الطبية بقولهم إنه يجب أن تكون الأعمال التي يقوم بها الطبيب على وفق الرسم - راجع مقال الشيخ عبد العزيز الراغبي مسؤولية الطبيب ، مجلة الأزهر المجلد ٢٠ م ٢١١؛ والنصوص التي نقلها من كتب علماء الفقه الإسلامي .
(١) بريتون في سيري ١٩٣٧-١-٣٢١ وقارن برنار شميل جازيت المحاكم المختلفة ٢٧ م ٥ وهو يرى أن حكم النقض قد فتح الباب للتشدد مع الأطباء في العناية المطلوبة منهم .

(٢) بريتون في سيري ١٩٣٩-١-٢١٦ .

والطبيب أن يد بأكثر من مجرد بذل العناية كأن يتعهد بإنهاء آلام المريض أو إزالة عاهة له أو حتى بشفاؤه فليس في مثل هذا الالتزام كآرائنا ما يتنافى النظام العام أو الآداب .

في جميع هذه الحالات محل التزام الطبيب عمل طبي بحث ومن ثم يجب أن يباشره على حد تصير محكمة النقض لا بطريقة ما وإنما عليه أن يرضى واجب الضمير ويلتزم الحيلة والحذر ويلاحظ في غير حالة الظروف الاستثنائية أن تكون جهوده متفقة مع الأصول العلمية الثابتة .

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد جعلت الطبيب مسئولاً عن مخالفة الأصول العلمية الثابتة فإنها لم تصل إلى تقرير هذا المبدأ إلا بعد تطور لازم القضاء زهاء المائة عام .

ولو أننا بحثنا وراء أسباب هذا التطور لأمكن رده إلى عاملين أساسيين عامل اجتماعي قوامه التطور الثقافي والأخلاق وعامل فني قوامه النهضة العلمية وما صاحبها من تقدم في فن العلاج .

قديمًا كان ينظر إلى حوادث العلاج على أنها من أحكام القضاء ونوازل القدر حتى ليندر أن يفكر أحد في أن يطالب الطبيب بالتعويض عما أصابه من ضرر ؛ فلا غرو أن قال موشيني «للأطباء الحظ في أن الشمس تبسط أشعتها على نجاحهم والأرض تدفن أخطاهم» . أما الآن فتدببات الناس أكثر فهمًا لحقوقهم وأصبحوا لا يقنعون بإحساس الطبيب بالمسئولية بل يناقشونه الحساب إن نعم سلوكه عن الإهمال أو عدم الكفاءة ، وساعدهم على إدراك المواطن الزلل أنهم أصبحوا أكثر إلماًا بالحقائق الطبية بشأن كانت سرًا غامضًا لا يدرك كنهه إلا المشتغلون بالطب .

ولقد اقترن هذا التطور الاجتماعي بتقدم في العلوم الطبية وضع تحت تصرف الأطباء قوى لم يصل بعد العلم إلى معرفة كنهها كالسكراباء وأشعة إكس والراديووم وهي وسائل إن كان من شأنها تحقيق نجاح لا نزاع فيه فإنها تتطلب من جانب الأطباء عناية أزيد وحرصاً أشد ، الأمر الذي تضاعفت معه الحوادث التي

أجملت بالمفوض ظروفها وعادت فيها اللامعة على مسلك الأطباء .
ولم يكن التقدم العلمى قاصراً على التوسع فى وسائل العلاج بل نشأت فروع
جديدة للطب لم تكن معروفة من قبل كجراحة التجميل فكانت ميداناً جديداً
لقضايا المسؤولية الطبية .

لا غرو إذن إن وجدنا لنة المحاكم تتطور نحو جعل القواعد القانونية أكثر
تمشياً مع الحياة المصرية وليلة التقدم العلمى والتطور الاجتماعى .
فمن ناحية نجد المحاكم قد توسعت فى فهم بعض القرآن التى قلب عبء
الاثبات وبنوع خاص المادة ١٣٨٤قرة أولى التى طبقها على الأطباء أحياناً
لدى استعمالهم الأشعة .

ومن ناحية أخرى أقرت المحاكم فكرة الخطأ السلبى أى فكرة المسؤولية
عن امتناع الطبيب عن القيام بأحد واجباته . ثم توسعت فى فهم واجبات الطبيب
فألزمته بمتابعة التقدم العلمى حتى جعلته مسئولاً مثلاً عن عدم استخدام الوسائل
التي يوصى بها العلم الحديث ، كالفحص الميكروسكوبى والتحليل والتصوير بالأشعة ،
كلما كان ذلك لازماً لصحة تقديره وبقين رأيه . وهكذا أصبح محرمًا على الطبيب
أن يعيش فى الماضى أو يتمسك بأهـدابه بل أصبح التمشى مع الحياة المصرية واجباً
مفروضاً إن أغفله حقت عليه المسؤولية .

وأخيراً توسعت المحاكم فى فهم فكرة الخطأ فبعد أن كانت تتخرج من إقتحام
الدائرة الفنية فى عمل الطبيب^(١) أصبحت تجد ، مع تقدم نظام الخبرة ، الوسيلة
ليبحث مسلك الطبيب من جميع نواحيه حتى إذا ما اتضح لها أنه اخترق القواعد

(١) كان ٥ يونية ١٨٤٤ موسوعة دالوز - المسؤولية ١٢٩ ، باريس ١٨٥٣/٦/٣٠
موسوعة دالوز - المسؤولية ١٣٠ ، سانت كاتان ١٨٦١/٥/٢٢ القانون ٢٧-٢٨ مايو
سنة ١٨٦١ ، قضى عرائض ١٨٦٢/٧/٢١ دالوز ١٦٢-١-٤٢٩ ، قضى عرائض ١/١١
سنة ١٨٦٥ جازيت المحاكم ١٨٦٥/١/١٢ ، بروكل ١٨٦٥/١٢/٢ بزيكرى
١٨٦٦-٢-١٧٥ ، جرائ ١٨٧٣/٧/٢٩ دالوز ٧٤-٥-٤٣٦ ، سين ١٨٨٩/١/٢٢
جازيت باليه ١٨٩١-٣٣٦ ، حافر ١٨٨٩/١٢/٥ دالوز ٩١-٢-٢٨١ ، ليح ٣٠/٧ =

الأساسية المبل بها في الفن الطبي أوجب عليه المسؤولية والزمت بالتعويض .
 وإن تميزات الأحكام لتشف عن هذا التطور الذي لا بس القضاء فبعد أن
 كانت المحاكم حريصة على أن تصف خطأ الطبيب الموجب لمسؤوليته بأنه خطأ
 جسم أو واضح^(٢) ترى محكمة النقض في حكمها سالف الذكر تصرح بأن الطبيب
 يلزم بأن يبذل للمريض عناية لا من أى نوع كان بل جهودا صادقة بقفلة متفقة
 في غير حالة الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة ثم تقرر أن الإخلال حتى
 غير المتصد بهذا الالتزام جزاؤه المسؤولية . ولا يخفى أن محكمة النقض قد نبذت
 تعبير الخطأ الجسم الذي لم يعد له في الواقع أى موجب .
 والمبدأ الذي قرره محكمة النقض قد يترض عليه بأن ليس في الطب أصول
 علمية ثابتة والتاريخ شاهد على ما قفر في الطب من نظريات كانت تعتبر في حينها
 من الأصول الواجب اتباعها . فكيف يجبر إذن طبيب على اتباع حقائق اليوم
 التي قد تصبح أخطاء القد .
 ولكن هذا الاعتراض ينطوى على كثير من المغالاة — فلا شك أن الطب

== سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١-٢-٢٨١ ، اتحاد سويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سبرى ٩٢-٤-٣٨
 بورجون ١٨٩٦/١/٢٩ دالوز ٩٦-٢-٤٠٦ ، ليون ١٩٠٤/١١/١٧ دالوز
 ١٩٢٠-١-٣٠ ، أميان ١٩٠٦/٢/١٤ دالوز ١٩٠٧-٢-٤٤٤ ، سين ١٩٠٧/٧/٢٠
 دالوز ١٩١٢-٢-٣٥٦ ، مونتيليه ١٩٠٩/١٢/١٥ دالوز ١٩١٠-٥-٣١ ، يزانسون
 ١٩١٢/١٠/١٦ جازيت باليه ١٩١٢-٢-٥٤٢ ، سين ١٩١٤/٢/٢٣ جازيت باليه
 ١٩١٥-٢-٤٤٢ ، قض ١٩١٩/٧/٢١ سبرى ١٩٢٢-٢-١١٣ في الخامس ، لغرو
 ١٩٢٢/١١/١٦ جازيت باليه ١٩٢٢-٢-٦١٨ ، باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ جازيت باليه
 ١٩٢٥-١-١٦٦ ، جنح مصر ١٩٢٧/٥/٢ بمجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ م ٢٠ .
 وقد نبأ في حيثيات الحكم « والمبدأ الذي يمكن أن يستخلص من هذه الأحكام هو أنه ليس
 للمحكمة أن تبحث في النظريات والآراء الطبية كما أنه ليس لها أن تراقب أو تنتقد طريقة العلاج
 وبناء على ذلك لا يصح أن يسأل طبيب عن أغلاط في تشخيص المرض أو أنه يشر عملية جراحية
 بغير مهارة كان يمكن لطبيب ماهر أن يشارها بتجاح عنه » .
 الطالارن ١٩٢٩/٤/٩ حقوق سنة ٤٤ م ١٦٩ ، قرون مصر الابتدائية بدائرة استئنافية
 في سنة ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ م ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ .
 (١) راجع ما قلناه آنفا بشأن استعمال المحاكم لتعريف الخطأ الجسمي والخصا الواضح والأحكام
 التي أشرنا إليها هناك .

وحكمه في ذلك حكم العلوم والفنون الأخرى يشمل أصولاً تعتبر ثابتة ومسلمة على الأقل في فترة معينة من حياة العلم أو الفن . هذه الأصول يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها عن ينتسب إليهم ، لهذا يلجأ القضاء إلى الخبراء من الأطباء والجراحين لتقدير ما إذا كان زميلهم قد جهل تلك الأصول أو تخطاها . ومع أن القاضي هو المسئول في النهاية أمام ضميره عن الحكم الذي يصدره إلا أنه لا سبيل لديه إلى كشف أصول الطب بنفسه فهو يشرك الخبراء من الأطباء معه في تقدير أهم عناصر المسؤولية الطبية وإن لم يشتركوا معه رسمياً في الحكم الذي ساهموا بأكبر قسط في الوصول إليه ^(١) . لذلك كانت مسؤولية الخبراء الأدبية من هذه الناحية أكبر من مسؤولية غيرهم من الخبراء بل هي تفوق مسؤولية القضاء ذاته لجزء هذا الأخير في معظم الأحيان عن التثبت من حقيقة الأمر فيما يتعلق بما يدلون به من رأى أو تقدير .

ولكن هل معنى وجوب اتفاق جهود الطبيب مع الأصول الطبية الثابتة أنه يجب على كل طبيب أن يلم بما يعلمه كل طبيب آخر وأن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء ؟ ومن ناحية أخرى هل يقتضى وجوب اتباع الطبيب للأصول العلمية الثابتة إحجامه عن التجديد أو عن المبادرة بإفادة مرضاه بكل كشف أو اختراع حديث ؟

أما عن الامور الدول : قد أبنا عند دراسة ركن الخطأ أن التزامات الطبيب تراعى فيها شخصيته فالطبيب العمومى لا يتحمل بنفس الالتزامات التى يتحملها الطبيب المتخصص وهكذا ، ثم إن المهنة الطبية كغيرها من المهن الحرة يجب أن تترك لمن يزاولها قدراً من الاستقلال فى التقدير والعمل يتناسب وحرية المهنة ، وهى ما سميت حرية إلا لهذا ، فالطبيب لا يصل كآلة والمرضى ليسوا كائنات ، يقوم الواحد منهم مقام الآخر ، وقد قيل فى فرنسا أن ليست هناك أمراض بل مرضى فكيف ينتظر من طبيب حتى فى نفس المستوى المهني لطبيب آخر

(١) ودع فرج - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ من ٤١٨ و ٤١٩ .

أن يحتذى خطاه دائماً بحجة أن جهودهما يجب أن تتفق وأصول العلم الثابتة !! .
ما نظن محكمة النقض قصدت ذلك بحكمها، وكل ما ترى إليه تلك المحكمة
هو أن هناك حداً أدنى في مزاولة مهنة الطب لو انحدر عنه الطبيب اعتبر منه ذلك
إغفالاً أكيداً لواجبات مهنته وهذا هو نفس ما قلناه عند دراسة ركن الخطأ وهو
يبين الرابطة الوثيقة بين تقدير الخطأ ومدى الالتزامات في عقد العلاج^(١).

فمجرد اتباع الطبيب لوسيلة قديمة في العلاج ليس سبباً لمسئوليته بل المسألة
نسبية . فلا ينتظر للطبيب أن يظل جامداً أمام تيار التقدم الجارف متمسكاً بوسائل
العلاج التي هجرها جل زملائه، فإذا لم يكن ملزماً بتتبع أحدث التيارات العلمية
ليكون واقعاً على آخر ما وصل إليه التقدم في الفن الطبي فلا أقل من أن يكون
ملماً بالوسائل الحديثة التي استقرت الهيئة الطبية على إتباعها^(٢).

أما عن الدرهم الثاني : فما نظن محكمة النقض قصدت بوجوب اتباع أصول
العلم الثابتة أن تفرض على الأطباء الجود والجن في مزاولة مهنتهم وإلا بقيت تلك
الأصول ثابتة أبد الدهر^(٣) مع أنه ما من علم قبرت له من النظريات وولدت له
منها كلم الطب وكل ما تقصده محكمة النقض في رأينا هو أن الطبيب متى عرضت
له حالة من الحالات التي تدخل تماماً في الحدود المرسومة والتي وضع لها العلم حلاً
دلت الخبرة على صلاحيته ملزم باتباع ذلك الحل التقليدي حتى لا يمرض المريض
بانخروج عليه لخطر لا مبرر له . أما إذا عرضت له حالة لا تدخل تماماً في تلك الحدود
فهي يكون له حق المفاضلة بين النظريات المختلفة ليختار وسيلة العلاج التي يراها
أكثر مناسبة للحالة التي بين يديه^(٤).

(١) وديع فرج - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤١٩ و ٤٢٠ .

(٢) بيروفي سبى ١٩٢٤-٢-١٧ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٩٩ ص ٤١٠ .

(٣) وفي ذلك يقول بيروفي سبى ١٩٠٩-٢-٣٢١ تليفاً على آكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ .

«Contraindre le médecin à se cantonner dans des procédés rebatus de traitement ou d'investigation serait ériger la routine en système au grand détriment des malades dont l'intérêt demande, au contraire des progrès continuels et quelquefois des hardieses».

(٤) وديع فرج - المرجع السابق ص ٤٢٠ .

على أنه قد تعرض له حالة من تلك الحالات التي يحار فيها نطس الأطباء فلا يجد أمله أصولاً ثابتة أو تقاليد مرعية يسير على منهاجها، فها يكون عليه أن يسير الحالة طبقاً لما تقتضيه مصلحة المريض، ولا يكون ذلك حتماً بقلب الأوضاع الثابتة للعلم والفن وإنما بتحويرها بحيث تتفق وما تتطلبه الحالة؛ فإن لم يكن في الأصول الطبية المعروفة ما يمكن القياس عليه فلا حرج على الطبيب في أن يحرب علاجاً جديداً قد يكون فيه شفاء المريض^(١)، وهذا النوع من التجديد هو الذي يمتاز به الطبيب الناهض على زميله الخامل ولاغنى عنه لأى علم أو فن في التطبيق العملي، ولكن يشترط في هذه الحالة كما سنرى أن تكون جهود الطبيب خالصة لقائدة المريض وحده وأن تكون أخطار العلاج متناسبة مع فائدته؛ ومقتضى هذا أن يكون العلاج الجديد نتيجة دراسة فنية دقيقة مصحوبة بتجارب على الحيوان دلت على مقدار صلاحيته بحيث إذا ما أجريت تجربته على المريض كانت مخاطرُه — في حدود ما يمكن للانسان توقعه — بحيث تتناسب مع فوائده.

ومن أجل ذلك تجب التفرقة بين التجارب التي يتكررها ذوو الخبرة من الأطباء نتيجة لجهودهم المتواصلة وغمرة لدراساتهم الطويلة حيث لا يكون تطبيقها موجباً للمسئولية وبين التجارب التي يجريها طبيب له خبرة المتواضعة وتجاربُه المحدودة دون أن يعتمد فيها على أساس علمي صحيح أو يسبقها بدارسة جدية وهي بلا شك موجبة لمسئوليته لأن تطبيقها ينطوي على رعونة وإهمال^(٢).

ولا يمتنع بأن للمسئولية يجب أن تكون واحدة بالنسبة للجميع إذ لا شك أن تجارب الاختصاصي المختك، التي هي كما قلنا نتيجة جهد متواصل ودراسة طويلة ورغبة ملحة في الوصول إلى غاية مجدية على البشرية، أدنى إلى التجاح وأقل تعرضاً

(١) جرافن من ١٥٨، ليون ١٥ ديسمبر سنة ١٥٨٩ سبى ١٩٠٩-٢-٣٢١، الجزائر ١٩٧/١١/١٩ سبى ١٩٠٩-٢-٣٢١، ودع فرج مجلة القانون والاقتصاد من ١٢ ٤٢٠ و ٤٢١. سين ١٩٠١/١/٥ بانديكت ١٩٠٢-٢-٢١٦، جيتان باريس ١٩١٣/١/٢٢ سبى ١٩١٩-٢-٩٧، يروى سبى ١٩٠٩-٢-٣٢٢ ٣٥.

(٢) كولان المذكور في راليه من ٥٣ ٥٤؛ فوازنيه من ١٣٧.

للمريض للخطر ، من التجارب التي يحريها طبيب غير مختص وليست له مكانة علمية خاصة^(١)؛ على أنه إذا كان الأصل أن يكون الطبيب ملزماً باتباع الأصول العلمية الثابتة في جميع الحالات التي وضع لها العلم حلولاً دلت الخبرة على صلاحيتها فليست هذه القاعدة مطلقة وهو ما قرره محكمة النقض بقولها إن جهود الطبيب في غير حالة الظروف الاستثنائية يجب أن تكون متفقة مع الأصول العلمية الثابتة . والمقصود بالظروف الاستثنائية هي تلك الظروف الخارجة التي تحيط بعمل الطبيب كظرف السرعة في العمل أو حرمان الطبيب مما يقتضيه التطبيق السليم لقواعد العلم والفن ، فالطبيب الذي يستدعي في حالة وضع في قطار أو الذي يغافاً على غير سابق علم منه بحالة تتطلب تدخلاً عاجلاً تقتضيه ضرورة إقحام مصاب من خطر داهم ، له أن يخرج على الأصول العلمية الثابتة بقدر ما تفرضه عليه الظروف ، وإن كان هناك مجال لتطبيق قاعدة الضرورات تبيح المحظورات فهذا مجالها^(٢) .

ثانياً — الالتزامات المتعلقة بواجبات المهنة :

هذه هي بوجه عام الالتزامات الطبية المفروضة على الطبيب . ولكن إلى جانبها يتحمل الطبيب واجبات لا تتصل بالفن الطبي في ذاته بل هي ترجع إلى طبيعة العلاقة بينه وبين المريض . فلئن كانت للمصلحة الفردية هي نبراس كل متعاقدين فيما يضعه من شروط ، ولئن كان من حق كل منهم أن يسعى إلى تحقيق أكبر مصلحة ممكنة مقابل أقل تضحية ، فإن طبيعة العلاقة بين المريض والطبيب تأتي التنافس بين الإرادات والتطاحن بين المصالح إذ الغاية منها مصلحة المريض فغيب :

(١) راليه ص ٥٤ و ٥٥ .

(٢) دويه ١٩٢٤/١/٢٤ سري ٢٣-٢٤-٢١٣ ، دالوز الأسبوع ١٩٣٤ ملخص ٣ ، بيزانسون ١٩٣٢/٧/١١ جازيت باليه ١٩٣٢-٢-١٩٤ ، ديوج حالة الضرورة في المسؤولية القصيرة ج ٣ بند ٢٤٠ ، ديوج حالة الضرورة في المسؤولية القدية ج ٦ بند ٦٢٨ فالك المحلة الانتادية للتصريح والقضاء سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٣ و ٦٢٤ وديج فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٠ و ٤٢١ .

وإذا جاز لنا أن نستعير فكرة أما نويل ليفي^(١) التي أسلفنا بيانها عند تعريف الخطأ فليس يخاف أن العلاقات المهنية مبنية على الثقة^(٢) تلك الثقة التي تتجلى بكل معانيها في ذلك المريض الذي يضع حياته بين يدي الطبيب ويترك له حرية التصرف في جسمه دون أن يزعم لنفسه حق مناقشته فيما يختار له من دواء أو يصف له من علاج ومن ثم كان لزاماً على الطبيب أن يواجه جهوده خالصة من مصلحة المريض حتي لا يتعرض للاخلال بالثقة المشروعة التي وضعت فيه . هذه العلاقة النبيلة التي تربط المريض بالطبيب تفرض عليه أن يكون ناهياً للمريض وحامياً له^(٣) وهو من أجل ذلك يلزم بواجبات كثيرة متشعبة أولها بالنسبة للمريض الذي تعهد بعلاجه أن يحضر في وقت مناسب ليحيطه بعنايته^(٤) ، فإذا ما حضر الطبيب وفحص المريض كان عليه أن يصف له حالته ويبدى له رأيه في تشخيص مرضه^(٥) .

وليس للطبيب أن يستبد برأيه فإذا شعر ، إزاء حالة خاصة ، بنقص في معلوماته

(١) راجع شرح نظريته في حشمت أبو ستيت - بند ٤٤٧ ص ٣١٥ .

(٢) مارتان ص ٤٩ .

راجع مرسيليا ١٩٢٣/١/٢٤ جازيت بإليه ١٩٢٤-١-١٢١ الذي قضى بأنه لا يصح للطبيب أن يبيع حرثاءه لأن العلاقة بينهما مبنية على الثقة فهي علاقة تدور على اعتبارات شخصية محضة لا تدخل في دائرة التعامل .

وراجع أيضاً باريس ١٩٢٣/٦/٦ دالوز ١٩٢٤-٢-١١٧ وقد قضى بأنه لا تترتب على المرأة التي كسر ذراعها إذا اتهمت العلاج الذي أشار به الطبيب ولم تشك من الآلام التي تحصلتها من جراحته وبأنه لا يحق لصكرة التأمين أن تلومها على فقها الطبيب إذا نفى عن ذلك تأخرها مدة شهر عن الالتجاء إلى إحدى المستشفيات لإسقاطها .

(٣) سافاتييه بند ٧٧٧ ، ديغلو ص ٦٢

(٤) بريتون في سيري ١٩٣٩-١-٢١٦ . قس ١٨/٦/١٨٣٥ ومذكرة النائب العام ديوان سيري ١٨٣٥-١-٤٠١ . يو ٣٠/٦/١٩١٣ سيري ١٣-٢-٢٧٧ ودالوز ١٥-٢-٤٩٠ . فلون يو ٥/١/١٩٠٠ سيري ١-٢-٣٠١ .

(٥) تلك المجلة الاقتصادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٨ . مارتان ص ٤٨١ و ٤٩١٠٧ .

أو قصور في تجاربه عليه^(١) أن ينصح باستشارة إخصائي^(٢) . وإذا تبين أن علاج المريض لن يتم على الوجه الأكمل إلا بنقله إلى مستشفى عليه أن يشير بذلك^(٣) . وإذا استدعى الطبيب إخصائياً لاستشارته كان عليه أن يطبق العلاج الذي يشير به هذا الإخصائي فإن كان يخالفه في الرأي فله أن يطلب استشارة أخرى أو ينسحب بعد أن يشرح الحالة للمريض أو ذويه^(٤) .

ولا يصح أن يسرف الطبيب في انتقاد العلاج الذي يشير به زميله^(٥) وعليه إذا باشر عملية أن يلاحظ حالة المريض إلى أن يفيق^(٦) .

هذه بعض أمثلة ليس فيها إلا تعداد لواجبات لا حصر لها . ولعل هذه الواجبات التي لم تكن بها محكمة النقض الفرنسية في سنة ١٩٣٦ هي المقصودة بالحكم الذي أصدرته في ١٨/١٠/١٩٣٧^(٧) إذ قررت أن الطبيب ملزم بمراعاة الأصول الطبية والقواعد التي أوجبتها تقاليد المهنة^(٨) .

(١) تطبيق يرو على ليون ١٧/١١/١٩٠٤ في سبى ١٩٠٧-٢-٢٣٣ فالك المحلة الانتدابة سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٨ .

(٢) وهو مشول إن تأخر في إنشاء رأيه ضرورة هل المريض إلى المستشفى قارن قض ١٨/١٠/١٩٣٧ سبى ١٩٣٨-١-٦ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٧-٥٤٩ .

(٣) مونتيليه ٦/٦/١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤-٤٨٣ ، قض ١٩٣٧/١١/٢٩ في سبى ١٩٣٨-١-٢٥٧ وتطبيق ا. ب. برينون في تطبيقه على قض ١٣-٧-١٩٣٧ في سبى ١٩٣٩-١-٢١٦ .

(٤) ثانت ١٥/٧/١٩٠٧ جازيت باليه ١٩٠٧-٢-٣٩٩ .

(٥) بورج ٢/٢/١٩٣٨ جازيت باليه ١٩٣٨-١-٧٢٣ ، سين ٣/٥/١٩٣٨ جازيت ١٩٣٨-٢-٢٦٣ .

(٦) قض ١٨/١٠/١٩٣٧ سبى ١٩٣٨-١-٦ .

(٧) «Les règles consacrées par la pratique médicale» ونحن فضل عبارة La Pratique médicale. على عبارة Déontologie médicale ففيها دلالة على مجموع الالتزامات المستمدة من الأخلاق والتقاليد المهنية . راجع سم ١١/١١/١٩٣٣ جازيت ٢٥ ص ٣٠ رقم ٤٤ .

وهي إذا قررت أن الطبيب يعتبر مشولاً عن جهله بالأصول الطبية لم تقفل الزامه بمراعاة القواعد التي تضى بها التقاليد المهنية . راجع أيضاً ٨٠ من القانون رقم ٦٥ سنة ١٩٤٠ الخامس بإنشاء نقابة عليا للمهن الطبية إذ نصت على أنه « يجب على الضو القى قيد اسمه بالمعمل أن يوحى في أداء واجباته تقاليد المهنة ومتعضيات شرقها ... »

وإذا كنا فيما أجلتنا من بيان لالتزامات الطبيب قد لمينا القواعد التي تحكم العلاقة بينه وبين المريض فإننا نستشر من هذا البيان أن تلك القواعد تتأثر إلى أبعد حد بالضرورات العملية التي يواجهها الطبيب في كل خطوة من مراحل علاقاته بالمريض لهذا كان من الضروري المساعدة على فهم تلك القواعد على حقيقتها أن نعطى صورة للتطبيق العملي لها على مختلف مراحل تلك العلاقة بين الطبيب والمريض .

١ - دعوة الطبيب :

دعوة الطبيب هي أولى المراحل التي تبدأ بها علاقته بالمريض وهي مرحلة سابقة على تكوين عقد العلاج . فالطبيب وقت أن توجه إليه دعوة المريض أو نائبه لا تربطه به أية رابطة عقدية . فهل هناك ما يلزمه بتلبية تلك الدعوة؟ وهل في رفضه القيام بالعلاج أية مسئولية عليه ؟^(١) .

كان الرأي الغالب في الفقه^(٢) والقضاء^(٣) الفرنسيين إلى عهد قريب أن

(١) الفرض الذي نعالجه هنا هو حالة عدم وجود رابطة عقدية بين الطبيب والمريض وبذلك تخرج عن دراستنا حالة الطبيب الذي يصل في مستشفى أو يتفق مع أحد أرباب الأعمال على علاج المالك فقد رأينا أن العقد بين الطبيب وإدارة المستشفى أو بينه وبين رب العمل يتضمن اشتراطاً لمصلحة المرضى فهو ملزم بقبول دعوتهم للعلاج ومسئولته في ذلك عقدية .

(٢) غزليات ص ٣٩ ، بروواردل مزاوله الطب ص ١٧١ ، ديلير ٩٧ و ٩٣ ريبير المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ١٩٧ ، بيتل ص ٦٤ ، سانتييه ج ٢ ص ٤٠١ بند ٢٨٤ مكرر وصو ٣٩٧ بند ٧٨٠ ، مازو ج ١ بند ٥٢٩ ، نيجر ص ٥٩ ، دونديوي فابر النشرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٨ ، بلانول وإسمان بند ٥٢٤ ، ديموج المجلة الفصلية ١٩٣٢ ص ١١٠٣ ، بروواردل المسئولية الطبية ص ٤٧ ، مانس ص ١٤١ ، جرافن ص ١٨٤ ، دالوز ريتوان براتيك أنظر طبيب بند ٣١ ، جاردتا ووينتس بند ٢١٤ ص ٣١٥ ، ساهو ص ٦٧ ، ديفلوس ص ٣٧ ، بريان وشوديه ج ١ ص ٢٦ ، لالو طبعة أولى بند ٢٨٨ ، كاريهيه موسوعة القانون الفرنسي ج ٢٧ طبيب وجراح بنم ٣١١ ص ٧٢٠ . راجع أيضاً وديج فرج ص ٤٢٢ .

(٣) قس ١٨٣٠/٦/٤ سمي ١٨٣٠-١-٢٨٣٠ ، ٣٤١-١-٢٨٣٠ ، ميزانسون ١٨٨٧/٢/١٧ سمي ٨٧-٢-٦٩ و ٩٤ ، يو ١٠/٥/١٩٠٠ ، سمي ١٩٠٠-٧-٣٠١٠ ، دالوز ١٩٠٢-٢-٢٣ ، شاتورو ١٩٠٨/١/١٩٠٨ جازيت باليه ١٩٠٨-٢-٣٢٨ ، سين ١٩٠٨/٨/١٩٠٨ ، دالوز ١٦ (١ ب ر)

الطبيب له كامل الحرية في قبول أو رفض الدعوة للعلاج فهو لا يلزم بطلبية دعوة المريض أكثر من التزام الشخص الذي يرى غريقاً مشرفاً على الهلاك بأن يقدم له يد المساعدة والقول بغير ذلك يضع الطبيب في حالة عبودية تسلبه الراحة الفكرية والجسمانية معاً بما في ذلك من إضرار بمجده للرضى ، فكما أن رضا المريض شرط لتدخل الطبيب فكذلك لا يعتبر الطبيب ملزماً بالعلاج إلا بعد قبوله ولا يعتبر امتناعه سبباً لمسئولته .

ولقد كان الفقه متأثراً في هذا الرأي بما عليه الحال في القانون الجنائي حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص حتى لقد قيل ^(١) إنه لمن اللدesh حقاً أن الشارع لم يتعرض بنص لإلزام الطبيب بتقديم العلاج للمرضى الذين يطلبون منه المساعدة مع أن هذا النقص قد تكون له نتائج سيئة خاصة في الريف حيث لا يوجد غالباً أكثر من طبيب واحد . ويمكن أن نتصور أن الطبيب الفرد يرفض بغير مبرر معقول أن يقدم العلاج لمريض فيحرم بذلك من عناية طبية ربما كانت تنقذه من براثن الموت وإنه لما يدعو إلى الأسف ألا يكون الطبيب مسئولاً في هذه الحالة .

ولم يكن بين الشعور بالأسف والقول بالمسئولية إلا خطوة واحدة، فلقد كان حتماً أن يتجه القانون نحو الالتئام مع الاعتبارات الإنسانية التي تقضى بمسئولية الطبيب حال امتناعه عن علاج المريض ، إن لم يكن على إطلاقها ، فلي الأقل في بعض الأحوال . ولكن على أى أساس يمكن أن تبني هذه المسئولية ؟ وفي أى الحالات يجب أن تكون ؟ .

١٩٠٥-١٩٠٥، مرسيليا ١٥/١٢/١٩٠٩ دالوز ١٩١١-٥٠-٢٠، نين ١٩/١٢/١٩١٠
 دالوز ١٩١١-٥٠، مات ١٩١٢/١/٢٦ G.P. ١٩١٢-١٢-٣٢٨، قض ١/٢٨/١٩٣٠
 جازيت باليه ١٩٣٠-٥٠٠، قض ١٩٣٠/٦/٤ سيري ١٩٣٠-١٩٣٠-٣٤١، سين ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٢ جازيت المحاكم ١٩٣٢-٢-١٣٧، جراس ١٩٣٥/٥/٢٧ جازيت باليه ١٩٣٥-٢-٣٤١، سين ١٩٣٨/١/٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ ملخص ١١ .
 فارن . كامبريه ١٩٠٠/٣/١٥ جازيت المحاكم ١٩٠٠/٤/١٤ .
 (١) ملزوم من ٧٩ ملزوم من ١٤٢ .

أولاً — نظرية الوظيفة الاجتماعية :

لاشك أن النصوص التي في ظلها نادى الفقه والقضاء بدم مسئولية الطبيب ظلت جامدة لم تتغير ولكن القانون ما هو إلا نتاج المردد الذاتي للوقائع أكثر من كونه من عمل الشارع ، فمع بقاء التشريعات الوضعية ومجموعاتها سليمة بنصوصها الجامدة فإن أنظمة قانونية جديدة تتكون باطراد بقوة سير الأمور وتحت ضغط الحوادث . فلئن كان النظام القانوني قد قام في بادئ الأمر على المذهب الفردي فإن التطور الاجتماعي قد أجبه بالنظام القانوني نحو تقرير واقعة الوظيفة الاجتماعية^(١) المفروضة على الأفراد والجماعات . فلي كل فرد واجبات قبل الجميع وليس له من الحقوق غير حقه في القيام بواجبه دائماً . فهناك نظام جديد يتكون في كل المجتمعات ، نظام يختلف مدى تقدمه باختلاف البلاد ، نظام قانوني جاء ليحل في بطنه وتحت ضغط الحوادث محل النظام القديم وهذا دون تدخل الشارع ورغم صمته . ويقوم هذا النظام الجديد ، الذي يستبد تدريجاً الفكرة الليتافيزيكية للحق الذاتي ، على فكرة واقعية بحتة ، هي فكرة الوظيفة الاجتماعية التي تقوم في صميمها على إنكار الحق المطلق المستقل للفرد ، وإعلاء الأمر وظيفة محددة يؤديها كل فرد في المجتمع وحاجة معينة يقضيها .

فلئن كان الطبيب حراً في ظل المذهب الفردي في أن يتقبل دعوة المريض أو يرفضها فإن حرية لم يعد لها هذا المعنى في النظام الحديث ، فطبيب وظيفة اجتماعية وبالتالي عليه واجب اجتماعي بأدائها ، وليس له أن يرفض علاج المريض إذا دعاه ، ليس له أن يتخذ موقف السكون ، ليس له الحق في عدم النشاط المجدي أى في الكسل بل القانون يفرض عليه العمل وهو بذلك لا يفعل سوى إلزامه بأداء الوظيفة الاجتماعية المفروضة عليه^(٢) .

(١) ديوج ج . م . ٣ : *Système de politique positive* ed. ٣

1892 T. 1. P 166 ، هوريو مبادئ القانون العام طبعة ١٩١٠ م ٣٨ .

(٢) إمرج تطور القانون م ٩٧ بند ٧٥

قرب المحكم في الترمية الاسلامية حيث يترتب على الطب فرضاً من فروض الكفاية ==

فلكل فرد في المجتمع وظيفة يقوم بها وحاجة ممتنية يؤديها: وهو لا يستطيع أن يتصل من القيام بها لأن امتناعه يوجب اختلالاً في النظام أو على الأقل يؤدي إلى ضرر اجتماعي^(١). فأساس الكيان الاجتماعي هو الاحتفاظ بهأسك مختلف العناصر الاجتماعية وذلك عن طريق أداء الوظيفة الاجتماعية للمقاتلة على عاتق كل فرد. وهكذا محل فكرة اشتراكية حقاً للقانون محل الفكرة الفردية التقليدية. فهناك تطور وتحول، تطور مفروض بما تفرضه به الظواهر الطبيعية من قوة وهو وإن أمكن وقته بعض الوقت أو عرقلة سيره إلا أنه لن يلبث أن يتحقق ويتم، فهو النتيجة الطبيعية والحتمية للتطور العام والفكرة الحديثة عن الحرية التي لا تعتبر حقاً ذاتياً بل نتيجة للالتزام المفروض على كل شخص بأن يوجه نشاطه نحو القيام بوظيفته حتى يساهم في التضامن الاجتماعي على أكمل الوجوه الممكنة. هذه النظرية على وجاهتها تتطوى على غلوف تقدير أهمية فكرة التضامن الاجتماعي. فنحن لا ننكر أن هناك نزعة ظاهرة نحو الاشتراكية في القانون، ولكن التطور لم يصل بعد إلى حد اقتلاع الأنظمة الفردية من أساسها ولا يمكن أن نقول في ظل الأوضاع الحالية أن المهنة الطبية أصبحت لها صفة المنافع العامة بحيث يعتبر القاعون بها مجتدين نخلعة الجمهور^(٢).

== وواجباً على كل شخص لا يخطأ عنه إلا إذا قام به غيره وقد اعتبر تعلم الطب فرضاً لحاجة لمجاعة للتطبيق ولأنه ضرورة اجتماعية .
وإذا كان المرض من تعلم الطب هو الطبيب وكان تعلم الطب واجباً ليرتب على هذا أن يكون الطبيب واجباً على الطبيب لا يفر له من أدائه . على أن الطبيب يعتبر واجباً كفائياً كلاً وجد أكثر من طبيب في بلدة واحدة فإذا لم يوجد إلا واحد فالطبيب قرص عين عليه أي أنه واجب غير قابل للقوطة . [التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي تأليف عبد القادر عودة ج ١ ص ٥٧٠] .

(١) دوجي . التطورات العلمية للقانون المجلس ص ١٥٨ و ٢٨٠ .

(٢) فلرن . ديموج ج ٢ بند ٥٥٢ ثالثاً ج ١٦٢ وسنهوري القيد بند ٢٥٤ ص ٢٥٨ وجوسران روح الماتوق بند ٨٨ وماتش ٤ .

ثانياً — نظرية الإعجاب الصادر للجمهور :

لذلك يميل البعض لتبرير مسئولية الطبيب إذا هو رفض دعوة المريض لملاجه إلى القول بأنه بحكم احترافه مهنة الطب يعتبر في حالة عرض دائم على الجمهور فإذا دعاه أحد المرضى لملاجه كان ذلك منه قبولاً للإعجاب قائم. وبذلك يكون الطبيب ملزماً بإجابة كل طلب يأتيه .

ولكن لكي تسلم هذه النظرية يجب أن يثبت أن الطبيب قد اتجهت نيته حقيقة إلى معنى الالتزام قبل أي فرد من الجمهور وهو ما لا يمكن افتراضه في القدر الطبي الذي يدور على اعتبارات شخصية سواء أكان ذلك من جهة المريض أم من جهة الطبيب^(١) .

ثالثاً — نظرية الاعتناء :

(وهي عند التدقيق توجيه آخر للنظرية السابقة) وقد أراد البعض دفع الاعتراض السالف على النظرية مصوراً إياها بتصوير آخر فقال إن الطب مهنة لا يجوز لتغير الأطباء ممارستها فهي احتكار قانوني لهم . ولكن المحسّر لا يجوز له أن يرفض تقديم خدماته لمن يطلبها من الجمهور فهو في حالة عرض دائم ضروري^(٢) لأن الجمهور لا يجد إلا عنده ما هو محتاج إليه. فمجرد الاحتكار يستبر إيجاباً معروضاً على الجمهور وكل شخص يقبل هذا العرض يلزم يقبوله المحسّر^(٣) وعلى ذلك

(١) قرب . سنهري القعد بند ٢٥٣، بهجت بدوى بند ٦٣ ص ٩٦، لالو الطبعة الأولى بند ٤٢٦ و ٤٢٧، بلايول واسمان ج ٦ بند ١٤٢ و ١٢٧ مذكرات الدكتور خيال غير المطبوعة في الالتزامات وهو يقرر أن الإعجاب الوجه إلى الجمهور لا يعتبر موجباً للسكافة بل إلى ذلك الجزء من الجمهور الذي يمكن أن يصدر منه قبول لا يضر الموجب وضرب لذلك مثلا أن صاحب السبنا يستطيع أن يرفض دخول شخص سكران فيها .

(٢) «Offre permanente et forcée» . بهجت بدوى بند ٦٣ ص ٩٧، بلايول واسمان بند ١٤٢ ص ١٨٥ و بند ١٢٧ في الآخر ، جوسران روح الحقوق بند ٨٩ ص ١٢٠ — ديموج ج ٢ بند ٣/٥٥٧ . قارن تيجر ص ٦١ .

(٣) السنهري القعد بند ٢٥٤ ، جوسران روح الحقوق بند ٨٩ ص ١٢٠ .

فالأطباء لا يجوز لهم أن يرفضوا دعوة المريض لعلاجهم^(١) . . .
ولو أن هذا الأساس لا يؤدي في نظرنا إلى اعتبار الطبيب مسئولاً إلا إذا ثبت امتناع كافة الأطباء وم أصحاب الاحتكار القانوني عن قبول العلاج الأمر الذي يتصور إثباته ، إلا أنه قد يصلح أساساً لمسئولية الطبيب إذا وجد في ظروف لم يكن في مقدور المريض معها أن يلجأ إلى غيره كما لو كان المريض على متن سفينة في وسط البحر ولم يكن في السفينة غير الطبيب الذي رفض العلاج^(٢) .

رابعاً — نظرية الخطأ السلي^(٣) :

نما تقدم يتضح أن المحاولتين السابقتين لتبرير مسئولية الطبيب في حالة رفضه

(١) اللهم إلا إذا كان هناك مسوغ مشروع لهذا الرفض كأن تطلب امرأة من طبيب إسقاطها دون أن يكون في الحل خطر على حياتها .
راجع . كاميمان ص ٧٩ ، بارس مذكور في ديموج ج ٢ ص ١٦٢ في الخامس ، مانث ص ١٤٢ و ١٤٣ .

قرب ديموج ج ٢ بند ٣/٥٥٢ ص ١٦٢ — بعد أن قرر أن المحتكر في حالة عرض دائم ضروري قرر أن السألة على جانب من الدقة بالنسبة للأطباء ثم أضاف بأن المستقبل لا بد متجه نحو الزامهم بالتأكد بالضرورة المعقولة .

وقرب أيضاً في الإشارة إلى ارتباط التزامات الطبيب بفكرة الاحتكار حكم آبيان في ١٨٩٣/٨/١٢ ذكره ماني في رسالته عن مسئولية الأطباء للدينه ص ٤٢ وقد جاء فيه :

«En retour de l'estime générale qui s'attache à la profession de la médecine, du monopole qui la protège, celui qui l'exerce est tenu à des devoirs plus stricts plus impérieux envers la société» .

عكس سامو ص ٦٧ و ٦٨ .

(٢) ديموج ج ٢ بقرة ٥٥٢ ثالثاً ص ١٦٢ ، سنهوري عقد بند ٢٥٤ ، مرسيليا ١٩٣٨/٢/١٠ ، دالوز الأسبوعي ١٩٣٨-٧٥٢ ، كارن شاتوروو ١٩٠٨/٨/١٠ ، جازيت باليه ١٩٠٨-٢-٣٦٨

(٣) مازو بند ٥٧٤ ؟؟ Appelon: L'abstention fautive en matière délictuelle civile et pénale — Revue trimestrielle. 1912 P. 604 et S., Appelton & Salama Droit médical P.593 et S. Brouardel, L'exercice de la médecine P.171, Ripert Revue critique 1912 P. 197; Demogue Obligation. T. 111 N. 258 et S. N 261; Savatier Revue critique 1934 P. 417.

لاكاس بند ١٧٠؟؟ بلانتي روديه ص ٣٧؟؟ كولان وكايتان طبعة ج ٧ ص ١٩٩، =

للعلاج ترميان إلى تأسيس هذه المسؤولية على فكره القديهي من أجل ذلك
تعصمهم بالاعتبارات الواهية التي تنأى بمالتنا عن أن تدخل في نطاق القدي فلا
غرو إذن أن مال الأخوان مازو إلى بحث المسألة على ضوء قواعد المسؤولية التصورية
فقالا إن فكرة الخطأ لا بد من التوسع في تفسيرها بحيث تشمل الخطأ بالامتناع
إلى جانب الخطأ الإيجابي^(١) كما هي الحال في المسؤولية القدية، ومن ثم فإن الطبيب

== لالو طلبة ٢ بند ٦٦٦؟؟ وطبعة أولى بند ٢٨٧؟؟ أوبري ورو ج٥ بقرة ٤٤٦ م ٣٦٩
الأصل وهامش ٥ مكرر، مصطفي مرعي بند ٤٩؟؟ وبنوع خاص بند ٥٣، بلانيول وبسمان بند
٥٠٨ سافاتييه ١٠ بند ٤٢؟؟ تيسير محاولة في وضع نظرية عامة لأساس المسؤولية
م ١٣٩؟؟ كولان الامتناع الذي يطوى على الخطأ في القانونين المدني والجنائي، جاردنا ورشعي
م ١٠ بند ٣٢؟؟ سوردا ج ١ بند ٤٤٢، بودري وبارد ج ٣ القسم الثاني بند ٢٨٥
م ١٠٧٩، بلانيول ج ٢ بند ٨٦٦، قس مرائس ١٠/٢/١٨٩٦ ١٨٩٦-١٠٧٩،
قس ١٩١٥/٤/٢٥ سبيري ١٩١٥-١-٦٧، قس ١٩٢٤/١٢/٢٤ دالوز الأسبوعي
١٩٢٥-١٢٠ وجزارت بآله ١٩٢٥-١-٣٢٧ والتعليق، قس ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠
جازيت بآله ١٩٣٠-١-٥٥٠ .

(١) يقول أبتون المرجع السابق في المجلد الفصلية سنة ١٩١٢ م ٦٠٤ إن الشخص
يتمتع خطئاً كما امتنع عن إتيان عمل كان في إمكانه أن يمنع به إحاطة الضرر بالغير دون أن
يتعرض هو لخطر . ولكن هذا التعريف يستوحي الاعتبارات الأدبية أكثر من اعتماده على
قواعد المسؤولية . فالقانون لا يلزم الأفراد بواجب البطولة في جميع الأحوال لذلك يقول بعض
الشراح إن المسؤولية توجد كلما كان هناك التزام قانوني بفعل إيجابي والمقصود من هذا التعبير
استبعاد جميع الحالات التي لا يكون الالتزام فيها إلا أدياً . ولكن متى يوجد الالتزام القانوني؟
يجب دمج ج ٣ بند ٢٥٨ إلى القول بأن هذا الالتزام هو ما يوجب نص في القانون
أو ينحى به النطق إلى حد يقدر معه القضاة أنه من الأفضل أن يقبل إلى الالتزام قانوني .
ويقول بوسك P.19 Hoc. Elément sur les éléments constitutifs du délit civ. 20
H. ٥٤٠ لأنه لا يلزم أن يكون الواجب قد فرضه قانون وضمن بل يكفي أن يكون مما تقتضيه
الأخلاق وحسن التعامل بين الناس .

ومن هذا يتضح كيف أن الفقهاء الذين قرروا أن الخطأ السلي لا يوجب المسؤولية إلا إذا
اقترب بإخلال بالالتزام قانوني قد اصطلموا بصعوبات من حيث تحديد هذا الالتزام .
ونحن نرى أن حل المسألة في الفكرة التي وضعتها لخطأ ، فعل الماضي أن يمارن سلوك
المدعي عليه بلوك الطبيب المريس . وهذه القاعدة تطبق سواء في حالة الفعل أو الامتناع .
(ملزو بند ٥٤٠؟؟ وسأليه دولا ملزير في دالوز ١٩٣٦-٢-٢٥) .

ومن ثم فالطبيب في المدينة الذي يتعصم عن علاج مريض ليس هناك ما يعذر إلى خطورة حالته ==

الذى يرفض زيارة مريض في منطقة منقرعة وهو يعلم أن تدخله الفوري لا غنى عنه يقع تحت طائلة المسؤولية التقصيرية لأن الطبيب يقطع ما كان يسلك هذا المسلك إذا وجد في نفس الظروف الخطرجية التي أحاطت بالطبيب للسؤل^(١).

= لا يرتكب خطأ ما (جرامس ١٩٣٥/٥/٢٧ جازيت باليه ١٩٣٥—٢—٣٤١) بينما يسأل الطبيب الذى يرفض أن يولد امرأة على سفينة بحجة أنه غير اختصاصى في الولادة (مرسيليا ٢/١ سنة ١٩٣٨ سبرى ٣٨—٢—٥٣).

(١) ملزو بند ٥٣٧.

على أن تحديد نوع السولية في هذه الحالة لا يخلو من الدقة (بران ص ١٤٧) فأن كنا قد اعتبرنا السولية قصيرية استناداً إلى أن السولية القدية لا تكون إلا حيث يوجد عقد (أوبرى ورو ج ٤ ص ٤٨٣، ديموج ج ١ بند ٣٧٣٥، ملزو بند ١١٦) لا لوطية ٢ بند ٦٤٦ ووطية أولى بند ٢٧٩، جرافمولان ج ٢ ص ٣١ بران بند ١٢٨، فان رين بند ٣١، مينييه السولية والقصد ص ١٢٣) فإن البعض (سالى الالتزامات طبعة ٣ ص ١٧٦) والجهة القصيلة ١٩٠٧ ص ٦٩٧، بودرى وبارد ج ١—٣٦٢ و٦٨٠ بلانيول طبعة ١٠ ج ٢ بند ٩٨٣، كولان وكايتان ج ٢ طبعة ٨ بند ٢٨، ديموج ج ١ بند ١٢٤٠، بلانيول وإسمان بند ٤٩٢) يميل إلى القول بأنه لتناقل عن الواقع أن نخرتنا ملاحظة أن السولية لم تنتأ إلا بمناسبة إجراء القصد. وإخراج هو أول من قال بأن السولية في هذه الحالة تعتبر عقدية. وهو في ذلك إنما يستوحى الشعور بأن السولية لم تنتأ إلا بمناسبة إجراء القصد ويقول إسمان (ج ٦ بند ١٣١) إن تحليلاً دقيقاً لا يسج بالنظر إلى الإيجاب كمصرف تختلف طبيعته بحسب ما إذا انتهى أو لم ينته إلى تكون القصد ذلك أننا نلص فيه اتجاه الإرادة إلى أحداث أمر قانوني فبكن أن يكون قد وصل إلى علم الطرف الآخر وأن يكون هذا الأخير قد وضع موضع التقدير لكي توجد عناصر الاتفاق.

ولما كانت هذه الحجة غير حاسمة فقد قالوا إنه أثناء المفاوضة يتقدم عقد أولى يوجب على الطرفين عناية خاصة في سبيل إتمام القصد فالوجب يلتزم بالأيجاب إيجابه فيمر مبرر والوجه إليه الإيجاب عليه ألا يرفضه بغير سبب مقول. ولكن المحاكم رفضت نظرية القصد الأولى وقررت أن السولية إن وجدت فهي قصيرية. والواقع أنه لو وجد عقد أولى لسكان من حق من وجه إليه هذا الإيجاب أن يطلب التنفيذ المبني بحسب أن له حق بعد رجوع الموجب عن إيجابه أن يغير هذا الإيجاب قائماً وقبله فيم القصد.

وفضلاً عن ذلك فإن وفاة الموجب أو أسابته بنفس في أصلته لا تسقط إيجابه ما دام أنه نشأ عنه عقد تم صحيحاً وقد رفضت المحاكم إقرار هذه النتائج.

وأخيراً أيد البعض نظرية السولية القدية بفكرة الأرادة للفرقة (كولان وكايتان ج ٢ بند ٢٨) فقالوا إن وجود القصد أمر غير لازم لتوفر السولية القدية ما دامت الأرادة للفرقة هي مصدر الالتزام؛ وصدقون أن تصدق لبيت الأرادة للفرقة في إنشاء الالتزام غير إحصاء أنها لا تضرر للمسؤولية من وجه إليه الإيجاب فرفضه. وفضلاً عن ذلك نلص صحيحاً مع =

ولما كان هذا هو أساس مسئولية الطبيب فيقول الفقهاء ما زو في موضع آخر إن الطبيب الذي يرفض في المدينة استقبال مريض ليس هناك ما يدل على خطورة حالته لا يرتكب أى خطأ في حين أنه لو امتنع نفس الطبيب عن ربط شريان نازف لجرح اعتبر مرتكباً خطأ يسأل عنه مدنياً^(١).

ولما كان معيار الطبيب اليقظ هو محور المسئولية فلي القاضى أن يطبقه ولو كانت هناك أخطار يتعرض لها الطبيب في علاج المريض إذ يجب ألا يفرج عن البال أن المهنة الطبية تفرض التضحية على كل من يشتغل بها^(٢).

قد يعترض على النتائج التي وصلنا إليها بأن الطبيب إذ يرفض دعوة المريض للعلاج لا يمكن أن يعتبر غفلاً لأنه يستعمل في ذلك حقاً مشروعاً له وهو حقه في أن يتعاهد أو لا يتعاهد. ونحن لا ننكر على الطبيب حرمة في استعمال هذا الحق. ولكن هذه الحرية يجب أن يستعملها في الحدود التي تتفق هي والفرض الاجتماعي الذي من أجله اعترف له بها وإلا كان متصفاً في استعمال حقه^(٣) ويمكن في ذلك

= التليم بأن الإرادة المفردة كافية لنشوء الالتزام أن الإخلال بهذا الالتزام من شأنه إيجاب المسئولية التقديرية.

(١) مازو بند ٥٤٢، لاكاس بند ١٧٢، بلانش رودي م ٣٨ و ٣٩، ريبير القاعة الخلفية بند ١٥٦، لالوطجة ٢ بند ٦٩٢، بلانيول وأسمان بند ٥٢٤، سافاتييه بند ٧٧٦، مازان م ٤٨٠ و ٤٨١، «Perreau, Courtois complaisance et usages non obligatoires»
devant la jurisprudence. Revue trimestrielle 1914, P 503

فان مصطفي مرعي بند ٥٣

(٢) قرب مازو بند ٥٤٥.

وقدر البتون م ٥٩٣ وهو يرى أن الشخص لا يسأل عن الامتناع إذا كان منع الضرر عن الغير يعرضه للخطر.

(٣) مصطفي مرعي بند ٧٩، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٤ مكرر، الشهوري الالتزامات بند ٣٢٦، بودري وبارو ج ٤ بند ٧٨٥٥، جوسران القانون المدني ج ٢ بند ٤٣٧ جوسران روح الحقوق بند ١٠٠ جوسران تطبيق في دالوز ١٩٢٥—١—١٤٥ ريبير — القاعة الخلفية ٩٠؟؟ لالوطجة أول بند ٤٠٥؟؟ وطبعة ثانية ٨٥٦؟؟ بلانيول ج ٢ بند ٨٧٠؟؟ كولان وكايتان ج ٢ طبعة ٧ بند ١٩٥؟؟ جورغسبأ حسن اليقظ ١٠٠ جوسران Evolution & Actualités م ٧١؟؟ ريبير التصف أو ندية الحقوق في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٩ م ٣٣؟؟ ديجوج ج ٤ بند ٦٣٤؟؟ بونسكاز م ٣ بند ١٨٧؟؟ =

أن يخلو تصرفه من البعث المشروع ، يكفي أن ينأى تصرفه عن سلوك الطبيب
اليقظ^(١) يكفي أن يتم تصرفه عن إهمال أو رعونة لكي يعتبر مسئولاً ، كما لو
كان إنسان في خطر لا يحتمل تأجيل العلاج وكان الطبيب يعلم هذا^(٢) وكان من
السهل عليه إسعافه وامتنع عن ذلك لانتباهه إلى حزب سياسي معين .

قد يقال إن حق الإنسان في أن يتعاقد أولاً لا يتعاقد هو حق مطلق^(٣) فالمتد
وليد تفاعل إرادات حرة فكيف يكون الطبيب مسئولاً إن هو رفض أن يتعاقد؟

== بلانويل وإسمان بند ٥٧٣ و ٥٧٦ ، سوردا طبة ٦ بند ٤٤٣٩ ؟؟ جاردنا وربنقى ص ٦٢٥ ؟؟
هايل تطبيق في دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٩٣ ، سافاتييه في دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٧٣ ،
ناست في دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ٦٨ ، جوسران في دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ١٠٥ ، ملازو بند
٥٤٧ ؟؟ .

فان كايتان - تعليق في دالوز ١٩٢٦ - ٣ - ١٠ .

وراجع في أن حرية عدم التعاقد مفيدة بنظرية لإساءة استعمال الحق - دكتور ودع فرج
الانهاضات الحديثة في العقود والمسئولية الشخصية . مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ١١٩ .
(١) راجع في مناقشة المعايير المختلفة لإساءة استعمال الحق . ملازو بند ٥٧٠ ؟؟ والمراجع
التي يشير إليها . بودري وبارو ج ٤ بند ٢٨٥٥ .

(٢) راجع يو ١٩٠٠/٥/١ سيري ١٩٠٠ - ٢ - ٣٠١ ودالوز ١٩٠٢ - ٢ - ٢٣
التي لا يمكن لكي يعتبر الطبيب عالماً بخطورة الحالة أن يلفه بها رجل غير فني .

(٣) ريبير القاعدة الخلقية طبة ٣ بند ١٠٠ ص ١٨٧ (حق مطلق) ، لالو طبة أولى
بند ٤٢٦ و ٤٢٧ حشمت أبو ستيت بند ٤٥٩ ودع فرج محاضراته غير المطبوعة لقم الدكتوراه
سنة ١٩٤١ في أخلاقيات الإغفاء من المسئولية ، جاردنا وربنقى ص ٦٣١ بند ٤٠ (حق
نسبي) ، كايتان في دالوز ١٩٢٦ - ٣ - ١٠ . موريل Moril, Refus de contractor
ص ٢٨٩ ؟؟ وفي المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣ ص ٢١٣ ، بلانويل وإسمان ج ٦ بند ٥٧٧
ص ٧٩١ جوسران ج ٢ بند ٢٣٣ ص ٢٥٣ و بند ٤٩ . سالي Saleilles, De la responsabilité
«المجلة précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière»
سنة ١٩٠٧ ص ٦٩٧ ، ديموج ج ٢ بند ٥٤٦ ؟؟ جوسران روح الحقوق بند ٩١ ؟؟
(حق نسبي) جوسران Evolution & Actualités ص ٨١ و ٨٢ ريبير النظام الديموقراطي
والقانون البدني الحديث بند ١١٨ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، سافاتييه ج ١ بند ١١٤ (نسبي)
ديموج ج ٤ بند ٦٥٦ (نسبي) و ج ٢ بند ٥٦٢ .

والحقوق المطلقة في القانون قليلة بل نادرة . راجع ملازو بند ٥٤٩/٢ وجوسران روح ==

وكيف يكون رفضه سبباً لمسئوليته وكيف يحبر الشخص على الخروج من الحالة السلبية ليقوم بدور إيجابي؟ أليس في ذلك مأس بحريته في أفدس نواحيها وإجباره على إبرام عقد لا يرضاه؟

لا شك عندنا أن هذه النغمة فيها انكسار للتطور العام نحو اشتراكية القانون. فالحقوق التي يتمتع بها كل إنسان لم تخول له إلا لأنه يعيش في المجتمع ومن أجل تنظيم الحياة في المجتمع فيجب عليه ألا يستعملها إلا في حدود الترض الاجتماعي منها^(١). ومهما قيل من أن حق الإنسان في التصاقد حق مقدس فهذا لا ينفي أنه حق

== الحقوق ونسبتها بند ٤٤٣٠٦ وديوج ج ٤ بند ٦٨٨ ، بونسكاز ج ٣ بند ٦٩٤٤٤؛ وبير القاعدة الخلقية بند ١٠٠ .

محكمة أيريني في ١٩٠٦/٢/٢٨ وليل في ١٩٠٦/١١/١٢ دالوز ١٩٠٨-٢-٧٣ وتطبيق جوسران . قض مرائش ١٩٢٤/١١/٢٤ سري ١٩٢٥-١-٢٢٢ ، قض جناني ١٨٨٩/١/١١ دالوز ١٨٨٩-١-٢٢٢ وسري ١٨٨٩-١-٩١ ، قض مرائش ١٨٨٢/١/٣ دالوز ١٨٨٣-١-١٠٠ وسري ١٨٨٣-١-١٠٧ وقدر ريفير ، سين ١٩٢٦/٩/١٦ جازيت باليه ١٩٢٦-٢-٥٢٢ ، قض مدني ١٩٢٤/١٠/٢٧ جازيت باليه ١٩٢٤-٢-٧٤ بواتيه ١٩٢٦/١/٢٩ جازيت باليه ١٩٢٦-١-٦٥٨ ، قض مرائش ١٩٢٦/٢/١٩ دالوز ١٩٢٦-١-٩٦ ، قض مدني ١٩٢٧/١٢/١٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨-٥١ ، قض ١٨٦٧/١٢/٣ دالوز ١٨٦٧-١-٦٧ ، قض مرائش ١٨٥٧/٤/٢١ دالوز ١٨٥٧-١-١٧٦ ، سين ١٨٩٢/٣/٢٣ ونيس ١٨٩٢/٤/٧ في دالوز ١٨٩٤-٢-٩٤ ، بيريني ١٨٧٩/٨/٢٦ دالوز ١٨٨١-٣-٨٤ ، اكس ١٨٩٤/٧/١٦ دالوز ١٨٩٤-٢-٤٥٠ ، قض جناني ١٨٥٤/٥/١٢ دالوز ١٨٥٤-١-٢٠٨ وسري ١٨٥٤-١-٥٠٠ ، نيس ١٨٩٣/١/٢ دالوز ١٨٩٣-٢-٤٤٩ بوردو ١٩٠٣/١٢/١٤ سري ١٩٠٥-٢-١٧ وتطبيق فيرون ، قرن اكس ١٩١٠/١٢/٢١ دالوز ١٩١١-٢-٣٨٥ وتطبيق بلانيول وفي سري ١٩١٢-٢-٩٧ وتطبيق ناكيه .

(١) وفي ذلك يقول جوسران في دالوز ١٩٢٤-٢-٩٧

Les droits ne se réalisent pas abstraitement et dans le vide; ils fonctionnent dans le milieu social et pour lui; les prérogatives sociales ne pourraient être exercées que socialement pour un motif correct en vue de fins légitimes. La théorie de l'abus réalise la fonction d'administration et de police juridique....

Ce n'est pas dans les espaces interplanétaires qu'il fait valoir et qu'il réalise ses droits, mais dans un milieu social dont il constitue l'une des innombrables cellules, la plus fragile et la plus infime; rouage==

غير مطلق ولا مقود بمزاج الفرد بل هو منوط بمشروعية الفرض من استعماله^(٢) وإذا كان الطبيب يتمتع بحرية التصاقد مع ظهور المرض وله الحق في أن يقبل دعوة من يشاء منهم ويرفض من يشاء فإنه ملزم في جميع الأحوال ألا يتدخل عن إجماعه الإنسانى وألا يمرض مريضاً للخطر قبل أن تصل إليه يد العلاج^(٣).

وأخيراً قد يعترض بأنه مع التسليم بوجود الخطأ السلبى فإنه من التصذر في الغالب الإقرار بوجود علاقة سببية بينه وبين الضرر^(٤) فلا فائدة من الاعتراف بوجوده. فثلاً إذا وجد الطبيب جريحاً ينزف فلم يعد إليه يد المساعدة فمات، فإن موت الجريح يرجع في الواقع إلى النزيف لا إلى امتناع الطبيب عن إسعافه.

ولكن الضرر قد تتعد أسبابه. لاشك أن الجريح ما كان ليموت لو لم يصب بالنزيف ولكنه ما كان ليموت أيضاً لو أن الطبيب ربط له الشريان النازف، فحلاقة السببة متوافرة^(٥).

== subalterne enchaîné dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu auquel il ressortit; à chaque fois qu'il exerce un droit, fût ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser conformément à l'esprit de l'institution civile. قرب بلانيول إسمان ج ٧ بند ٥٧٧ ص ٧٩١ و ٧٩٢.

(١) دكتور وديع فرج — الأبحاث الحديثة في العقود والمسئولية الخطئية بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٥ ص ١١٩.

(٢) راجع جوران روح الحقوق بند ٢٦٣ ومارك ديزيرتو في المجلة الفصلية ١٩٠٦ ص ١١٩ « إساءة استعمال الحق أو تعارض الحقوق ».

قرب قضاء المحاكم الفرنسية التي طبقت فكرة إساءة استعمال الحق في حالة رب الصل الذي يشترط في الحال الذين يفتظون بمصمته ألا يكونوا منضمين لأحدى النقابات. أيارس ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ ومحمكة ليل ١٩٠٦/١١/١٢ في دالوز ١٩٠٨-٢-٧٣ وتطبيق جوران، ووردو ١٩٠٣/١٢/١٤ سبى ١٩٠٥-٢-١٧ وتطبيق فيرون.

(٣) مانت سيرسين ٢٦ يناير سنة ١٩١٢ جازيت بالية ١٩١٢-١-٣٢٨. قارن بو ١٩٠٠/٥/١ سبى ١٩٠٠-٢-٣٠١ التي يشترط لقيام مسئولية الطبيب أن يثبت أن تدخله كان من شأنه حتماً أن يفتد للمريض. وقرب كولان. وكايتان طبة ج ٨ بند ١٩١ وبودان ١٩١٨ و١١٧٣ ولالو طبة ٢ بند ٦٦٠ و ٦٦٣ وتيسير ص ١٩١-٤٤.

(٤) راجع بو ١٩١٣/٦/٣٠ دالوز ١٩١٥-٢-٩٠ وتطبيق S.L. .

والقضاء لا يقر مسئولية الطبيب عن الخطأ الطبي في رفض دعوة المريض لمعالجه بل يتبرسلوكة في هذه الحالة بمجرد إخلال بواجب أدبي، وتثير المحاكم في ذلك إلى أنه يجب ألا يغرب عن البال أن المهنة الطبية من اللين الحرة وأن الطبيب له مطلق الحرية في اختيار مرضاه^(١).

وهذا القضاء إذا نظرنا إليه من الناحية الفردية وجدنا أنه يجرّد الحقّ عليهن كل حماية، ومن الناحية الاجتماعية فإن هذا الامتناع للشروع من جانب الطبيب يحرم من المساعدة شخصاً تماماً لا يجد السبل إلى الالتجاء إلى طبيب آخر في الوقت المناسب^(٢) ولا شك أن هذا الوضع، من الناحية النظرية على الأقل، يوجب أشد الأسف. ولكن يخفف من وطأته من الناحية العملية أنه يسدّر أن يحجّم الأطباء عن أداء واجبهن الإنساني إذا ما دعاهم أحد المرضى لبيادته. فأمام آلام المرضى لا يستمع الأطباء لتبرير وحى ضميرهم وهو أشد عليهم من أى قانون.

على أنه متى قبل الطبيب دعوة المريض لمعالجه فله أن يقوم بتنفيذ التزامه وإلا كان مسئولاً عن عدم تنفيذ القدر الذى أوجبه على نفسه^(٣). وهو لا يفلت من هذه المسئولية إلا إذا أقام الدليل على القوة القاهرة أو الحادث الفجائى^(٤). كما لو استعالت عليه زيارة المريض بسبب انقطاع اللواصلات أو بسبب مرضه^(٥).

(١) يومبرول ص ٧٤ .

(٢) تمس ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازت بآله ١٩٣٠-١-٥٥٠ .

(٣) دونديوى فاير ، النفرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٨ §§ ٤٤٤ بطل ص ٦٥ سافيتيه ج ٢ بند ٧٨٣ ص ٣٩٩ .

ويلاحظ مع ذلك أن الطبيب إذا حصل له مانع عنه من معالجة المريض فله أن ينيب عنه طبيباً آخر عالم يز المريض أو ولى أمره استعفاء خلافه (راجع م ١٢ من القانون رقم ٦٥ سنة ١٩٤٠ المجلس بإنشاء عتبة عليا للمهن الطبية وبطل ص ٦٦) .

(٤) لاكاس ١٧٣ ، مانس ص ١٤٤ ، جرافن ص ١٤٩ و ١٥٠ ، سين ١٩٣٨/١/٤ جازت المحاكم ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ .

(٥) (٩) بو ١/٥/١٩٣٠ سيرى ١٩٣٠-٢-٣٠-١٩٣٠ هي ، المسئولية المدنية للأطباء رسالة ١٩٣٥ ص ١١٠ ، دونديوى فاير في جازوز ١٩٣٤-٢-١١٣ لالو بند ٢٧٧ §§ ٢٤٤ .

وتعهد الطبيب قد يكون ضئياً كما لو كان المريض من حرقائه المعتادين^(١)، أو دلت اللابسات على أنه قد تحمل مسؤولية العلاج حتى يصل بالمريض إلى الشفاء^(٢) كذلك الطبيب الذي يصل في إحدى مصالح الحكومة أو الذي يشغل في مستشفى عام ليس له أن يرفض علاج حالة تدخل في حدود اختصاصه^(٣). والحال بالمثل إذا كان الطبيب يصل في مستشفى خاص أو كان متفقاً مع أحد أرباب الأعمال على علاج عماله قد رأينا أن القدين الطبيب وإدارة المستشفى أو بينه وبين رب العمل يتضمن اشتراطاً لمصلحة المرضى فهو مسئول عن تلبية دعوتهم ومسئولته في ذلك عقدية^(٤).

وإذا كان الطبيب يلزم في الأحوال التي بينا تجلية دعوة المريض ومن ثم بالحضور في الوقت المناسب لمباشرة العلاج فإن مسئوليته عن التأخير في الحضور يجب الاحتياط في تقريرها^(٥). ولقد ذهبت محكمة السين^(٦) إلى القول بأن الطبيب له وحده أن يقدر الوقت الذي يراه مناسباً لتلبية دعوة المريض مع مراعاة التزاماته قبل

(١) لاكاس ١٧٤ ، ملزان ١٥٦ ، بلانش رودييه ١٠٩ و ١١٠ ، ديموج الحجة الفصلية ١٩٣٢ - ص ١٩٠٣ .

فان سين ١٩٣٧/٦/٣٠ - جزيت الحاكم ١٩٣٢ - ٢ - ١٣٢ .

(٢) سين ٤ يناير سنة ١٩٣٨ - جزيت الحاكم ١٩٣٨/٢/٢٤ ، ملزان ص ١٥٧ وديسلبير ص ٩٣ .

(٣) لاكاس ١٧٨ . الجتون وسلانا القانون الطبي ص ٥١ و ٦٩ و ٧٠ ، ديموج ١٩٠٣/٣/١٨ سبتمبر ١٩٠٩ - ٢ - ١٧ وتطبيق يرو .

(٤) كاسبريه ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ . - جزيت الحاكم ١٢ أبريل سنة ١٩٠٠ - حاشية ١٩٣٨ G. P. ١٩٣٨ - ٢ - ٩٢٤ ، يو ١٩١٣/٦/٣٠ سبتمبر ١٩١٣ - ٢ - ٢٧٧ ، بيل ١٩٢١ عكس مالتس ص ١٤٧ .

(٥) يو ١٩١٣/٦/٣٠ سبتمبر ١٩١٣ - ٢ - ٢٧٧ ، هنس ١٨ يونيو ١٩٣٥ سبتمبر ١٩٣٨ - ١ - ٦ ، هنس ١٨/١٠/١٩٣٧ سبتمبر ١٩٣٨ - ١ - ٦ (في المسئولية عن التأخر في قبول المريض بالمستشفى) .

فان يو ١٩٠٠/٥/١ سبتمبر ١٩٠٠ - ٢ - ٣٠ .

(٦) سين ١٩٣٧/٦/٣٠ - جزيت الحاكم ١٩٣٧ - أغسطس سنة ١٩٣٢ وتطبيق ديموج على المحكمة الحجة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ١٩٠٣ ولاكاس ١٧٤/٢ .

حرفاته وما يقضى به تنظيم العمل ومسئولته في ذلك أدية محضة أما من الناحية المدنية فهو لا يسأل إلا إذا كان سيء النية أو مدفوعاً بهواه .

والحكم فيما ذهب إليه يلمس مسألة على جانب كبير من الدقة وهي مدى مسئولية الطبيب في حالة تأخره عن التنفيذ بسبب تبدد العقود التي يلتزم بها^(١) . ويبدو لنا أنه من غير المناسب أن نضع قاعدة مجردة لتطبيق في جميع الأحوال ، فالأمر في نظرنا مرجعه إلى الملابسات التي تحيط بعمل الطبيب ، فهو يسأل مثلاً إذا تأخر عن الحضور بعد أن دعاه شخص ، لأقواله قيمتها ، وصف له الحالة بأنها خطيرة ولا تختمل التأجيل^(٢) ، وبالعكس قد ترتفع عنه المسئولية إذا دعت الظروف إلى ملازمة مريض حالته أكثر خطورة^(٣) .

(١) ديموج — الأتزمات ج ٦ بند ٥٥٣ .

(٢) ١٠/٥/١٩٠٠ سيري ١٩٠٠-٢-٣٠١ . لاكس ١٧٤/٢ ديموج المحل الفصلية

سنة ١٩٣٢ ص ١١٠٣ .

قرب جراس ٢٧/٥/١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥-٢-٣٤١ .

(٣) مانتس ١٤٦ و ١٤٧ وهو يعتبر هذه الحالة من قبيل القوة القاهرة التي تمنع الطبيب من كل مسئولية ولا ضير عندما في أن نتطرقه هذا الرأي إذا لم يكن في استطاعة الطبيب وقت أن تصادق مع المريض أن يتوقع أن ترد عليه هذه الحالة الخطرة ، وميثار التوقع بطبيعة الحال هو ألا يكون هناك ما يدعو بصفة خاصة إلى انتظار حصول الحادث فانتفاء التوقع مرتبط على الأخص بتبدد حصول الحادث أو كثرة وقوعه (سليمان مرقس نظرية دفع المسئولية ص ٢٠٧ بونكاز ج ٣ ص ٥٤٧ بند ٢٧٧ ديموج ج ٦ ص ٥٧٦ بند ٥٣٨ مازو بند ١٥٧٦) ولا يكفي مجرد إمكان حصول الحادث للقول بأنه كان يمكن توقعه بل يجب أن يكون احتمال وقوعه مما يوجب تحمله أو عبارة أخرى يجب أن يكون الحادث عادياً . فالمرء يجب أن يتوقع ما هو عادي ولا يلزم بأن يتوقع الحوادث الشاذة وغير العادية (تعليق اسمان على نفس بليكي في ١٩٢٩/٧/٤ سيري ١٩٣٠-٤-١ ومقال سافارييه في قواعد المسئولية — المحل الانتقادية ١٩٣٤ ص ٤٢٢ وسليمان مرقس المرجع السابق ص ٢٠٨) فلما ثبت أن الطبيب كان في إمكانه أن يتوقع أن تعرض عليه مثل هذه الحالة الخطرة في الوقت الذي أبرم فيه العقد مع المريض كان عطفاً على إقدامه على التصديق مع توقعه لتلك الحادث دون أن يتخذ التدابير اللازمة لتحصينه أو تلافئ نتائجها الضارة مع إحاطة المريض علماً بإمكان استطاعة الوفاء حتى يكون على بينة من الأمر فيصنع الاحتياطات اللازمة مثل هذا الطلوي .

ولا يقتضي علينا بأن لا نستطيع مادية تمنع الطبيب من القيام بالتزامه إذ يكفي أن يثبت أنه كان يستعمل عليه أدبياً أن يصرفه على خلاف ما فعل . (نظرن محكمة النقض الفرنسية =

٢ - مرحلة التشخيص :

هذه هي الأحكام قبل تلبية الطبيب دعوة المريض ، فإذا ما قبل تلك الدعوة وحضر للإشراف على علاجه ، فليح أن يبدأ بتشخيص حالته وهي مهمة على جانب كبير من الدقة فيها يحاول الطبيب معرفة المرض ودرجة خطورته وتطوره وجميع ما يحيط به من ظروف المريض وحالته الصحية العامة وسوابقه المرضية والتأثيرات الوراثية ، والطبيب لا يجد ما يعتمد عليه في تكوين رأيه سوى ما يلمسه من أعراض أكثر ما تكون متشابهة وغير محددة ، وما يسمعه على لسان المريض من بيانات ، وكثيراً ما تخون المريض قواه في صدق التعبير عن موطن الداء من جسمه .

تلك المهمة هي التي سيتوقف عليها حكم الطبيب في تقرير نوع المرض واختيار العلاج ، وهو حكم لا يستطيع الطبيب في أغلب الأحيان تأجيله كما يفعل القاضي إذا عنت له مسألة غامضة ، بل كثيراً ما يضطر إلى البت فوراً في تشخيص الحالة رغم كل ما يعترضه من عقبات ؛ لا غرو إذ إن تعرض في تقديره للزلل ، وخطؤه قد يكون راجعاً إلى قص في العناية التي بذلها في التشخيص ، كما قد يكون راجعاً إلى غلطة علمية ، ففي أي الأحوال يكون الطبيب مسئولاً ؟

أولاً - المسؤولية في التشخيص :

الطبيب ملزم بأن يبذل في عنايته بالمريض جهوداً صادقة يقظة ، فليح في حالة التشخيص أن يستمع إلى شكوى المريض ويأخذ منه ومن أهله كافة المعلومات التي يحتاج إليها ثم يشرع بعد ذلك في فحص المريض فحصاً دقيقاً متلبساً بمواضع الألم متحسباً مواطن الداء وأعراض المرض مستملاً جميع الوسائل التي يضبطها .

== في ١٨٩٠/١٢/٢ سري ٩٤-٩-٣١٥ بخصوص تفتيل رواية فيها موسيقى ألمانية بعد حرب البعير إذ اعتبرت أن هناك أسئلة منوعة تمنع من تخيلها مراعاة للشعور الوطني . ديجو ج ٦ بند ٥٧٠ والأحكام المشار إليه في الملحق ، ملزوم بند ٤٩٤ و ١٥٧٠ سليمان مرهس ص ٢٠٩ § ٢٠٩ التنهوي عقد حملش ١ ص ٩٦٥ ، بلانيول وإسمان بند ٣٨٢ .

العلم تحت تصرفه ليكون رأيه بعيداً بقدر الإمكان عن النلط^(١). فإذا هوتسرع في تكوين رأيه وأهمل في أحاطة حكمه بالضمانات التي تجنبه مواطن الزلل كان مسئولاً عن الأضرار التي تنجم عن خطئه في التشخيص^(٢). ولقد عبرت محكمة

(١) ساهو ٨٩ ، جرافن ١٥٨ ، اميل تيلو قضاء محكمة الأعداد السويسري في المجلة المتصلة ١٩٣٢ من ١١٧٥ ؟؟ راجع من ١١٩٩ ؟؟ لاكلس بند ١٢٣ ، مازوج ١ بند ٥١١ ، مازان من ٩٨ ؟؟ نيجر ٧٦ و ٧٧ ، سافاتييه بند ٧٩٢ و ٤٤٤ ، ديموج ٦ بند ١٨٠ ، بيرو تطبيقاً على روان ٢١ أبريل سنة ١٩٢٣ في سيري ١٩٢٤-٧-١٧ ، بلانش روديه من ٥٩ ؟؟ ودع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ من ٤٢٥ .

(١) قض في ١٦/٤/١٩٢١ سيري ١٩٢٣-١-١٤٢ ودالوز ٢١-١-١٨٤ وظروف هذه القضية تلخص في أن طبيباً أخذ من مهنة تجارة يكتسب منها المال ، افتتح عيادة للمصابين بالأمراض السرية دون أن يجهزها بالآلات اللازمة ، وذات يوم تقدم اليه شخص ظن أنه مصاباً بأحد هذه الأمراض ، فأشار عليه مساعد الطبيب بعد فحص سطحي لاكفيه له بأخذ حقن زرنخ . وعلى الرغم من أن هذه الحقن كانت تعرض حياة المريض لخطر الموت فإن الطبيب لم ينقص حالته الصحية وما إذا كانت تمكته من احتمال هذه الحقن .

وراجع أيضاً محكمة الأعداد السويسري في ١٠/٦/١٨٩٢ سيري ١٨٩٢-٤-٣٨ في قضية تلخص وقائها في أن رجلاً قصه حسان في الجزء العلوي من ساعده فمرض فنه على الدكتور دورمان الذي لاحظ كسراً في العضد وجرحاً ذنياً في الساعد . وبعد أن ضد الجرح جبر الكسر وأحاطه برباط عكم . وفي حصة الليل شعر المريض بالآلام مبرحة وبعمرارة مزعجة فاستدعى الطبيب الذي شخص الحالة على أنها « Embolie & Phromboe » واقتصر على إعطاء المريض بعض اللورينين والكينين دون أن ينسجك الرباط حتى يتأكد من صحة تشخيصه فانتهى الأمر بأن أصيب المريض بشلل في ذراعه .

حكمت محكمة الأعداد السويسري بمسئولية الطبيب لأنه لم يسجك الرباط حتى يتأكد من صحة تشخيصه وجاء في حيثيات الحكم . . . لا يتبر خطأ بمجرد النلط في التشخيص أى تخيير الأمراض المختلفة حتى لو كان في استطاعة الطبيب المذاق المحرب أن يقف فوراً على حقيقة الحالة ومن باب أولى لا خطأ إذا تعلق الأمر بوسيلة طبية لا زالت على خلاف بين أساتين الفن إنما الإخلال بالأصول الطبية الثابتة للعرف بها من الجميع يتبر خطأ موجباً للمسئولية وفي غير هذه الحالة لا تكون إلا بعدد أغلاط لا يمكن تلافيها في مزاولة مهنة يكثر فيها الاختلاف في وجهات النظر كالمهنة الطبية » ولقد انتهت المحكمة إلى تأييد الحكم للطعن فيه والقي اعتبر الطبيب مسئولاً لعدم قيامه بسجك الرباط الذي أحيط به ساعد المريض رغم ظهور أعراض تدل على ضغط الجبس على الساعد . ولذا كان الطبيب قد أخطأ في تشخيص هذه الأمراض فإكان له أن يفل هذا الاحتياط الذي يوجبه الفن الطبي كي يتأكد من سلامة تهديره لا سيما وأنه احتياط ليس فيه أى ضرر للمريض .

روان^(٢) عن هذا المبدأ في قضية تلخص ظروفها في أن امرأة شكت لأحد الأطباء آلاماً في بطنها فقصها وقرر أن عندها ورماً ليفياً يجب استئصاله فوراً . وفي أثناء إجراء العملية ظهر له وهو يستأصل بيت الرحم أنه أخطأ في التشخيص وأن المرأة حامل وليس عندها ورم فشرع في الحال في شق بطنها وأخرج جنيناً حياً يوشك أن يتم شهره الرجيم ولكن في مساء اليوم نفسه حصل للوالدة نزيف دموي مصحوب بمضاعفات أودت بحياتها .

قررت محكمة روان أن الخطأ في تشخيص المرض ولو أدى إلى إجراء عملية جراحية أودت بحياة المريض لا يوجب بذاته مسئولية الطبيب أو الجراح لأنه من الحقن أنه لصعوبة التشخيص وعدم إمكان الوصول إلى الحقيقة بطريقة جازمة فإن أمر الأطباء وأكثرهم خبرة وأوسمهم علماً وأعظمهم تدقيقاً وعناية معرض للخطأ ، وأضافت بأن القانون وإن لم يفرض على الطبيب العصمة فإنه لا يذهب إلى حد السماح بتشخيص داء المريض برعونه وطيش دون أن يحيط نفسه بالمعلومات الضرورية بله المفيدة التي تساعد على تكوين رأيه ودون أن يستعمل

راجع أيضاً سين ١٩٢٠/١/١٠ جازيت باليه ٢٠-٢٠٠-٣٥٩ ، هافر ١٩٢٤/٣/٢٢ جازيت المحاكم في ١٩٢٤/٩/٧ ص ٨٨ ، سين ١٩٣٨/١/٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ ملفس ١١ ، مازوجا ١ بند ٥١١ .

وبالعكس إذا كان التشخيص محقق به فلا مسئولية على الطبيب وإن كان غير صحيح ، سانت كانتات ١٨٦١/٥/٢٢ القانون ١٨٦١/٥-٢٨-٢٧ ، مستر ١٨٦٧/٥/٢١ دالوز ١١٠-٢-٦٧ و ١١٠-٢-٦٨ وسيرى ١٠٦-٢-١٠٦ ، هافر ١٨٨٩/١٢/٥ دالوز ٢٨١-٢-٩١-٢٨١ هاش ١ و جازيت باليه ٨٩-٢-٦٨ . كذلك الحال إذا كان الخطأ الذي وقع فيه الطبيب نتيجة تضليل المريض له في البيانات التي أدلى بها عن موضع الناء وأعراض المرض . باريس ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الأسبوعي الفضائي ١٩٢٧-١٤٠١ .

(٢) روان ١٩٢٣/٤/٢١ سيرى ١٩٢٤-١٧-٢ وتطبيق يرو ، وتطبيق يتل على هذا الحكم والمحكم الابتدائي الصادر في نفس القضية من محكمة انغرو (١٩٢٧/١١/١٦ جازيت باليه ٢٢-٢-٦٨) للرجع السابق ص ٩٢ ؟؟ خصة ص ١٠٠ و ١٠١ وهو يأخذ على المحكمة أنها اعتبرت الطبيب مسئولاً عن عدم استعمال الأشعة في الكشف على حالة الحمل رغم أن استعمال الأشعة لهذا الغرض ليس من الأمور المتفق عليها في الفن الطبي . راجع نفس المبدأ وبفس الخييات ليج ١٩٣١/١/١٢ بليكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥ .

الوسائل التي يوصى بها العلم في البحث والرقابة . تلك قواعد يقضى بها العقل والحكمة ولا تحتاج إلى بحث في النظريات الطبية فإنها لا يحمل الطيب ، إذا أخطأ في التشخيص مسئولاً عن خطئه .

وبعد أن استعرضت المحكمة وقائع الدعوى وناقشت تقرير أهل الخبرة في الحكم على سلوك الطيب انتهت إلى أنه كان من المحتمل إن لم يكن من المؤكد أن يكتشف الدكتور فاليه حالة الحمل لو أنه استعمل كل الطرق التي كانت تحت تصرفه ليضمن في حدود الإمكان تشخيصاً صحيحاً . فإن شاء القدر — رغم جميع المحاولات التي بذلها للاهتمام إلى معرفة الحالة — إلا أن تم عليه الحقيقة ليظل ممعناً في خطئه ، فهذا لحسب يحق له أن يقول ألا مسئولية عليه في إجراء عملية ، دفع إليها تشخيص معتنى به وإن كان غير صحيح .

وهذا الحكم أخذ على الطيب أنه من ناحية لم يمين بأخذ معلومات طيب العائلة الذي اعتادت المتوفاة أن تعالج نفسها عنده ومن ناحية أخرى أنه لم يستعمل الأشعة ليزيل ما علق بنفسه من شكوك في التشخيص قبل إقدامه على إجراء عملية من شأنها تعريض حياة المريضة للخطر ، مع أنه ثبت علمياً أن الجنين إذا زاد عمره على خمسة شهور كان من الممكن تصويره ومعرفة كنهه بواسطة الآلات الحديثة .

والواقع أنه لو كان يفتر للطيب أن يتجاهل طريقة في الفحص لم يستقر الرأي على نجاحها للدرجة يقتنع معها رجال المهنة بوجوب الالتجاء إليها^(١) فإنه لا يفهم كيف لا يسأل الطيب إذا وجد أمام حالة يثق فيها التشخيص ولم يستعمل كل

(١) مثلاً قضت محكمة البين في ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ (مذكور في دغلو من ٤٤٦٤) بأنه لا حرج على الطيب في أن لا يستعمل طريقة زندك « Anchoim Zondek » الصق من حالة الحمل في الأشهر الأولى مادامت هذه الطريقة حديثة الاكتشاف حديثة الاستعمال في الستينيات — راجع ملزو بند ٥١١ هامش ٤ ، ودع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ من ٤٦٦ هامش ٣ ، ويرو في التطبيق على ديوان ١٩٢٣/٤/٢١ سبتمبر ١٩٢٤ — ٢ — ١٧ .

الوسائل التي يوصى بها العلم الحديث — بحسب طبيعة الحالة — في الكشف عن نوع المرض .

فلا يشترط للطبيب مثلاً أن يهمل طريقة الفحص الميكروسكوبي والتحاليل بأنواعها والتصوير بالأشعة كلما كان ذلك لازماً لصحة تقديره ويقين رأيه^(١)، ولا يخفيه من وجوب الالتجاء إلى هذه الطرق وغيرها إلا أن تكون ظروف الحالة مانعة له من الانتفاع بها كما لو كان بعيداً عن أى مكان يستطيع إتمام هذه الصور والتحاليل فيه أو كانت الحالة أخطر من أن تحتل أى تأجيل في البت برأى في طبيعة الداء ونوع الدواء^(٢)، ومن ثم فإذا كان إحمال الأشعة يستدعي كثير من الأحيان من قبيل الخطأ فإن الطبيب والجراح لا يسأل إذا وجد أمام حالة خطيرة، إن هو قرر إجراء عملية تستدعيها في نظره ضرورة إقذا حياة المريض دون أن يتسع له الوقت لإجراء أشعة عن موضع الداء من جسمه .

وليس معنى هذا طبماً أنه يجب في كل حالة عمل تحاليل أو صور بالأشعة، وإنما الواجب الالتجاء لهذه الطرق من التحقيق الفني متى حام حول التشخيص أى شك يدعو إلى وجوب تثبيت الطبيب من صحة رأيه بهذه الوسائل قبل الإقدام على مرحلة العلاج، فإذا اعتقد الطبيب أن الحالة التي يفحصها أوضح من أن تحتاج

(١) سين ١٩٢٠/١/١٠، جازيت باليه ١٩٢٠-١-٣٥٩، ايفرو ١٩٢٢/١١/١٦، جازيت باليه ١٩٢٢-٢-٦١٨، روان ١٩٢٣/٤/٢١، جازيت باليه ١٩٢٣-٢-٢٤٧، وسيى ٢٤-٢-١٧، هافر ١٩٢٤/٣/٢٢، مذكور في ملز من ١٠٠، ليج في ١٢ يناير سنة ١٩٣١ بليكا القضائية سنة ١٩٣١ عمود ١٨٥، روان ١٩٣١/٥/٦، مذكور في ملز من ١٠٠ و ١٩٠٩، سانت افريك ١٩٣٣/٧/١٨، جازيت باليه ١٩٣٣-٢-٨٦٤، سيدات ١٩٣٦/٤/٢١، جازيت باليه ١٩٣٦-٢-٧، الحامش، سافتيه بند ٧٩١، ودع فرج في مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٥، ٤٢٦ .

فارت باريس ١٩٢٣/٦/٦، فالوز ١٩٢٤-٢-١١٧، ودعوى ١٩٢٩/١١/٢٧، مجموعة دوى ١٩٢٩ ص ٣٢١ .

(٢) لانبون ١٩٣٢/١٢/١٩، جازيت باليه ١٩٣٣-١-٣٣٩، دوى ١٩٣٣/١/٢٤، سيى ١٩٣٣-٢-٢١٣، نيجر ٧٨، ودع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٥ و ٤٢٦، لاكس ص ٩٥ بند ١٢٣ .

في تشخيصها إلى إجراء أشعة مثلاً ، وكان اعتقاده في ذلك مبنياً على اعتبارات مقولة مما تبين له من فحص المريض وما بدا عليه من أعراض المرض فلا خرج عليه في ألا يجريها وهو ما قضت به محكمة دويه في ١١/٢٧/١٩٢٩^(١) ، حيث قررت أن الجراح لا يرتكب خطأ ما إن هو لم يعمل أشعة في موضع عملية أجراها متى لم يكن هناك ما يدعو إلى الشك في وجود أجسام غريبة داخل الجرح سيما إذا كان الجرح قد سار في طريق الالتئام السريع . ولا يقدح من عدم مسئولية أن يظهر بعد ذلك جسم غريب في محل العملية أصيب للمريض من جرائه بالمخ .

وغنى عن البيان أن إجراء الأشعة لا يكفي ليفلت الطبيب من المسؤولية بل يجب أن يحتاط في إجرائها^(٢) ، ويعني بدراساتها وقراءتها ، ومسئولية الإخصائي في ذلك بطبيعة الحال أشد من مسؤولية الطبيب العامي^(٣) .

وأخيراً يجب ألا ينرب عن البال أن الأشعة وإن كانت من الوسائل للمأوفة الاستعمال إلا أنها من الناحية الفنية تتطوى أحياناً على بعض المخاطر ، وهي ناحية يجب أن يقيم لها القضاة وزناً في تقدير مسؤولية الطبيب ، مسترشدين في ذلك برأى أهل الخبرة^(٤) ؛ فإذا ثبت أن استعمالها كان ينطوي في حالة معينة على أخطار لا تبررها حالة المريض فلا تثير على الطبيب في عدم استعمالها ، بل يعتبر

(١) دويه ١١/٢٧/١٩٢٩ مجموعة دويه ١٩٢٩ من ٣٢١ وراجع أيضاً سين ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ في ديغلو من ٤٤٦٤ . ودع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٧/٤٢٦ (٢) فإذا حصل للمريض فرحة نتيجة إعمال الطبيب في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنب هذا الخطر أو تتجاوز اللغة اللازمة لأخذ الصورة كان مشولاً . اكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ .

(٣) سانت أمريك ١٨ يوليو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣-٢-٨٦٤ ، مونتبلية ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤-٤٥٣ ، نفس ٣ أبريل ١٩٣٩ سيري ١٩٣٩-١-١٦٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٩-٣٣٧ .

(٤) وإذا تكرّر من الطبيب استعمال الأشعة في موضع واحد مخالفاً بذلك رأى الطبيب للمعالج فحصلت للمريض فرحة فهو مشول . باريس ١٧ يوليو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦-٤٩٨ وجازيت باليه ١٩٣٦-٢-٢٣١ .

قرن ليون ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥-١-٩١٥ . وجوج تطبيقاً على حكم باريس في ١٧ يوليو ١٩٣٦ في المجلة القضائية سنة ١٩٣٧ من ١٢٦ رقم ٣٢ .

مخطئاً إن هو استعمالها^(١)؛ ويجب في جميع الأحوال متى كانت وسيلة الفحص تنطوي على خطر على حياة المريض أن يحاط علماً بذلك وأن يؤخذ رضاه قبل الالتجاء إليها^(٢).

والرضا قد يكون صراحة أو ضمناً ، فالمرضى الذى يدعو إخصائياً للكشف على عضو من أعضائه بطريقة خطيرة يعتبر أنه قبل استعمال هذه الطريقة^(٣) . وبالعكس لا يتطلب من الطبيب أخذ رضا المريض لاستعمال آلة ليس في استعمالها عادة أية خطورة على حياة المريض ولم يثبت أنها وقت استعمالها كانت تالفة^(٤) . وقد يحصل أحياناً أن تشبه على الطبيب أعراض المرض وتعييه وسائل الفحص في تشخيص الحالة فيجرى عملية استكشافية^(٥) يشق فيها بطن المريض ليرى موطن الداء من جسمه ، ويجرى له العملية المناسبة لإقاذ حياته . وقد حكمت محكمة فالانس^(٦) بأن الالتجاء إلى هذه الوسيلة قد لا ينطوي على خطأ ما إذ قد يكون فيها السبيل لإقاذ حياة المريض .

ثانياً — القلط العلمى :

قد يأخذ الطبيب من جانبه كل أنواع الحيلة وقد يدل بسلوكه على منتهى الحذر وقد لا تقوته الاستفادة من جميع الوسائل العلمية في الفحص ومع ذلك فهذا لا يمتنع من الوقوع في القلط . فهل يسأل في جميع الأحوال ؟ ما نظن أحداً يستطيع الادعاء بأن العلوم الطبية قد بلغت من الكمال ما بلغت بعض العلوم الأخرى كالعلوم الرياضية . لهذا ترى الأطباء يختلفون في التقدير وفى

(١) باريس ١١ مايو سنة ١٩٣٧ جازيت باليه ١٩٣٧-٢-٣٧٩ وسيرى ٣٨-٢-٧١ .

(٢) قارن ذلك بما ستقوله عن أخذ رضا المريض بالعلاج .

(٣) مرائش ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣-٢-٩٨٨ وسيرى

١١-١-٣٤ .

(٤) سين ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٦-٢-٣٧٥ .

(٥) *Laparatomie exploratrice*

(٦) فالانس ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مذكور في ساهو ص ٨٧ .

الحكم ، وما نفلن أحداً خصوصاً من رجال القانون الذين اعتادوا التقدير والحكم يرى في كل أغلاطهم في هذا الشأن خطأ موجباً للمسئولية ، فالعلوم الطبية طائفة بالمسائل التي لا تزال مثاراً لخلاف بين العلماء من رجال المهنة ، ولا يرتكب الطبيب أى خطأ في الأخذ برأى دون آخر ، كما أن الأعراض المرضية قد تتشابه وتختلط حتى لتتم الحقيقة عن أكثر الأطباء خبرة وأوسهم دراية ؛ فلا تثريب على الطبيب إذا لم يصادفه التوفيق متى تحرى أصول فنه وراعى الضمير والشرف في تشخيصه للمرض ، فضعف الإنسان له اعتباره وتجب مراعاته وإلا وقعنا في حرج كبير وارتيكنا ظلاماً بدعوى إصلاح آخر .

وهكذا يظل الطبيب بأمن من كل مسئولية متى كان الغلط الذي وقع فيه أمراً ممكناً بالنظر إلى الأعراض المؤتلفة التي ظهرت بها حالة المريض وما وصلت إليه الأصول العلمية في الفن الطبي^(١) أو بمباراة أخرى متى كان الغلط الذي وقع

(١) محكمة الاتحاد السويسرى في ١٠/٦/١٨٩٢ سبرى ١٨٩٢-٤-٣٨ ، وقد قررت أنه لا يعتبر خطأ الغلط في التشخيص ، أى في تفسير الأعراض المختلفة حتى لو كانت في استطاعة طبيب حاذق ومجرب أن يقف فوراً على حقيقة الحالة . ومن باب أولى لا خطأ إذا تعلق الأمر بوسيلة طبية لا زالت على خلاف بين أساطين الفن . إنما الإخلال بأصول الطبية الناتجة المعترف بها من الجميع يعتبر خطأ موجباً للمسئولية ، وفي غيره لا تكون إلا بصدد أغلاط لا يمكن تلافيها في مزاوله مهنة يكثر فيها الاختلاف في وجهات النظر كالمهنة الطبية .

وامامت سبرسين في ٢٦ يناير سنة ١٩١٢ جازيت باليه ١٩١٢-١-٣٢٨ ، وقد اغتفرت المحكمة للطبيب أنه أخطأ في تشخيص حالة دكتوريا عند طفلة وصف حالتها بأنها التهاب رئوى بسيط وجاء في حيثيات الحكم .

Attendu d'une part que les médecins dans une matière aussi délicate que l'est souvent le diagnostic des maladies ne sauraient être responsables de leurs erreurs qu'en cas où celles-ci seraient le résultat d'une faute, d'une maladresse visible ou de leur imperitise; qu'il faudrait donc qu'en diagnostiquant une bronchite alors que la jeune P. était atteinte du croup le Dr. P... ait commis une erreur grave et inexcusable.; Attendu au surplus que les déclarations faites par des hommes de l'art il résulte qu'à ses débuts et en raison de ses manifestations la diphtherie revêt parfois chez les enfants l'aspect d'une simple bronchite.

==

فيه مما يحتمل أن يقع فيه الطيب اليقظ ، إذا أحيط بنفس الظروف الخارجية التي

وليس بنى شأن أن يكون الخلط في التفتيش قد أودى بحياة المريض ، فقد حصل مرة أن طبيباً شخص حالة طفل على أنه مصاب بالتهاب غشائي في الحلق *Angine à fausse membrane* واقصر في علاجه على غرغرة وغسيل للأف ، ولكن اتضح بعد ذلك أن الطفل مصاب بالذئبة فأعطى العلاج المناسب ، ولكن سهم اللثة كان قد هذ نفى الطفل نغبه . حكمت محكمة السين في ١٩١٤/٢/٢٣ جازت بالإه ١٩١٤-٢-٢٤٢ ، بأن غلطة الطيب مضرة لا سيما وأنه لم يستطع أن يتتبع سير المرض حيث لم يعرض عليه الطفل سوى ثلاث مرات . والمحكم فيما ذهب إليه كان يتفق مع ما كانت عليه العلوم الطبية في ذلك العهد فلقد قرر المحير في تلك القضية أن الحن يعمل الذئبة والتطيل ليسا من الأصول المتفق عليها علماً في حالة الشك في طبيعة الحقائق *Angine*.

وراجع أيضاً استئناف باريس ١٩٢٣/٦/٦ دالوز ١٩٢٤-٢-١١٧ ، في قضية تلخص ظروفها في أن امرأة وقعت من على السلم لمخرجت يدها نفخض الطيب حالتها بأنها التواء في قبضة اليد وأمر بتدليكها ، ولكنها لم تتحسن فأدخلت في إحدى المستشفيات حيث تبين أن في يدها كسرا لم يجر .

رفضت محكمة باريس اعتبار الطيب مثولاً عن الخلطة التي وقع فيها إذ أن الالتهاب ما كان ليمسح له بإجراء تشخيص صحيح .

ويباب على هذا المحكم من الناحية الطبية أن الطيب في الواقع أهمل في عدم أخذ صورة بالأشعة ليد الرضعة مع أن الظروف كانت تحتم عليه أن يفتبه في وجود كسر بها .

لايون في ١٩٢٢/١٢/١٩ جازت بالإه ١٩٢٣-١-٣٣٩ ، والمحكم اغتفر للطيب الخلط بين حالة التهاب وسرطان في الثدي ، ولم يكتنف السرطان إلا أثناء العملية ، وقد أشارت حقيقات المحكم إلى أن الطيب لا يسأل إلا إذا كان الخلط الذي وقع فيه ينب عن الجهل المطبق بالعلوم الطبية .

راجع أيضاً جرای ١٨٧٣/٧/٢٩ سيمى ١٨٧٤-٢-٥٨ ودالوز ١٨٧٤-٥-٢٣٦ ، هافر ١٨٨٩/١٢/٥ دالوز ١٨٩١-٢-٢٨١ ، بورديو ١٨٩٢/٥/٢٥ مذكور في يتل من ٨٥ ، جان ١٩١٣/٦/٢ بابريرى ١٩١٣-٢-٣٣٥ ، اوران ١٩٢١/١٠/٢٠ جازت بالإه ١٩٢١-٢-٥٨١ ، روان ١٩٢٣/٤/٢١ جازت بالإه ١٩٢٣-٢-٢٤٧ ، سين ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٢ . جازت المحاكم ١٩٣٢/٨/٢٣ ومجموعة المبادئ القانونية المدنية *Juris classeur civil* في التطبيق على المواد ١٣٨٢ إلى ١٣٨٤ المسئولية الطبية رقم ٢/١٣٨ ، سين ١٩٣٦/٣/٢١ مذكور في دغلو من ٢٤٦٤ جنيف ١٥ مارس ١٩٣٥ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ من ٩٠٣ في تعليقات تيلو ، جاردتا ورنفى من ٣١٧ بند ١٩٥ والأحكام التي يثيران إليها وما يقرران أن الطيب لا يسأل عن الخلط في التشخيص إلا إذا دل على جهل تام بالأصول الطبية .

فرون رزانسون ١٩٣٢/٧/١١ مجموعة المبادئ القانونية المدنية *Juris-classeur civil* في التطبيق على المواد ١٣٨٢ إلى ١٣٨٤ - المسئولية الطبية رقم ٣/١٦٢ .

أحاطت به ووجد أمام نفس الحالة التي عرضت عليه . فقل هذا الخطأ أقرب إلى أن يكون غلطاً من العلم لا من الطبيب لأنه يرجع إلى النقص في العلوم الطبية فهو غلط يتعرض له كل طبيب أثناء مزاولته لمهنته^(١) .

وقد كان الأستاذ برواردل يقول لتلاميذه في دروس الطب الشرعي « كثيراً ما وقعت في الخطأ ولكن ليس لأحد أن يواجه إلينا أى لوم ما دمنا قد توخينا الدقة في كشفنا فتحصنا الأعراض والسوابق قبل إجراء التشخيص ، فإذا ظهر فساده مع ما اتخذناه من الاحتياط لعدم الوقوع في الخطأ ، فليس لأحد أن يحاسبنا ، ويجب ألا ننسى أن أكبر العلماء لم يسلموا من الخطأ^(٢) » .

== وراجع في الأحكام المصرية - الطائرين الجزئية في ١٩٢٩/٤/٩ (حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩) وقد أغت الطبيب من المسؤولية عن خطئه في التفخيص لبقة التفخيص في تلك الحالة وقد جاء في حيثيات حكما : « حيث أنه وإن كان التهم قرر يوم ١٩٢٨/٧/١٨ أمام الطبيب الشرعي المساعد ويوم ١٩٢٨/٩/٢٦ أمام النيابة أنه كان لديه شك بسيط في احتمال أن يكون الورم أنوريميا قبل إجراءاته العملية ، إلا أنه في يوم ١٩٢٧/١٠/٢٧ عند ما سئل بعد الوفاة يضعه أيام قرر ما يفهم منه أنه كان يعتقد أنه ورم بسيط ، حيث ذكر صراحة أنه عند الفحص الظاهري لم يجد أى تضخم أو اتصال بين الوريد الفخذي وبين الورم ؟ وحيث أن الطبيب الشرعي المساعد قال أمام المحكمة إنه شخصيا يستبعد جداً أنه كان عند التهم أى شبهة ولو طفيفة في أن الورم أنوريزي وأن الحالة التي كان عليها المصاب صحة التفخيص .

وحيث أنه لذلك ترى المحكمة أن الأقوال الأولى التي قررها التهم هي الحقيقة ، وأنه لم يغلن مطلقاً إلى احتمال أن يكون الورم أنوريزيما وأنه لم يقل الثانية إلا لما وقف أمام طبيب مثله حتى لا يقول عنه إنه لم يمكن من تفخيص المرض جيداً وقد سار في هذا التيار أمام النيابة أيضاً . وحيث أنه على العموم أيضاً لا يمكن أن يسأل الطبيب عن أدائه العملية ولا يجوز للعصام أن تناقش فيها ولا في التفخيص الذي يعطيه لأي مرض يمرض عليه طالما أنه كان في التوافق الذي تسمح به قواعد الطب الفنية ... » .

والجدير بالملاحظة أن المحكمة بعد أن تبين دقة التفخيص من الناحية الفنية استبعدت أقوال التهم منه واعتمدت على قول عدل عنه لكي تصل إلى أنه أخطأ في التفخيص ولكن خطأ هذا منظر من الناحية الطبية .

وراجع أيضاً ١٩٣٣/١١/٢ B.L.J. ٤٦-٤٧-٩ وجزيت ٢٥ من ٣٠ رقم ٤٤ .
(١) مازان ص ٨٧ و٨٨ ، ودع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ من ٤٢٣ : ٤٤ .
ص ٨٧ : ٤٤ بلانش رودي ص ٥٢ : ٤٤ .

(٢) بروواردل — للمسئولية الطبية ص ٥٨ .

وقد ذكر الأستاذ برواردل في هذا الصدد أن الأستاذ لوجيه أستاذ أمراض النساء في جامعة باريس خلط بين حالة حمل وكيس في المبيض فعالج الحالة بالوصف الأخير وبمد بضعة أيام حضر الأستاذ لوجيه إلى المستشفى متوقفاً النجاح فدهش إذ وجد بجانب مريضته ما ظنه وربما يتحرك ويصيح^(١).

فالغلط في التشخيص لا يوجب بذاته مسئولية الطبيب^(٢). ولكن ليس معنى هذا بامعاً أن كل غلط في التشخيص بالغاً ما بلغ ينتظر للطبيب أو الجراح، قول كهذا يتناقض وما قلناه في صدد معيار الخطأ الطبي وما قالته محكمة النقض الفرنسية فيما يخص بالالتزامات التي يرتبها عقد العلاج. فالطبيب ملزم بأن يبذل للمريض جهوداً صادقة بقطعة مستقيمة غير حالة الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة، التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها ومن ثم فهو يحاسب حتماً على كل غلطة تم عن أغفال أو جهل بتلك الأصول^(٣).

(١) بروواردل - المسئولية الطبية ص ٥٨ .

(٢) أميل نيلو - قضاء محكمة الاتحاد السويسري - المجلد الفصلية سنة ١٩٣٢ من ١٩٩٩
وا ١٢٠١، ودع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٣ ٤٤؛ جاردنا وريثي ص ٣١٢ ،
ديموج ج ٦ بند ١٨٠، مازان ص ٩١ ٩٩؛ دوند يودي فابر نشرة الطب الفرعي سنة ١٩٣١
ص ٤٤٩ . متر ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧-٢-١١٠ وسيري ٦٨-٢-١٠٦، هافر
١٨٨٩/١٢/٥ جازيت باليه ٨٩-٢-٦٨٠ ودالوز ٩١-٢-٢٨١ هامش أ ، ليج ٣٠
يولي سنة ١٨٩٠ بلجيكا القضائية ١٨٩١-٦٩٩ ، روان ٣٠/٦/١٨٩٦ جازيت باليه
١٨٩٦-٢-١٤ ، سين ١٨٩٧/١٠/٢٢ سيري ٩٩-٢-٩٠ ، سين ١٩١٤/٢/٢٣
مجموعة المبادئ القانونية المدنية م ١٣٨٢ إلى ١٣٨٤ Juris- classeur oivil
المسئولية الطبية
رقم ١/١٠٠ ، سين ١٩١٥/٢/٢٣ إلى جاردنا وريثي ص ٣٨٠ عمود ٢ ، قض ١٩١٩/٧/٢١
سيري ٢٢-٢-١١٣ في الخامس ودالوز ٢٠-١-٣٠ وتطبيق دنيس ، قض ١٩٢١/٤/١٦
سيري ٢٣-١-١٤٢ ، روان ٢٠/١٠/١٩٢١ جازيت باليه ٢١-٢-٥٨١ ، روان ٨
نوفمبر سنة ١٩٢٢ سيري ١٩٢٦-٢-٧٣ وتطبيق يرو ، روان ٢١/٤/١٩٢٣ جازيت باليه
١٩٢٣-٢-٢٤٧ وسيري ٢٤-٣-١٧ ، ليج ١٣/٦/١٩٢٤ بلجيكا القضائية ١٩٢٥-١٦
والحملة سنة ٥ ص ٨٤٥ رقم ٦٩٦ ، دويه ٢٤/١/١٩٣٣ سيري ١٩٣٣-٢-٢١٣ ،
جنگ مصر السابعة ١٩٢٧/٥/٢ المجموعة الرسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٩ .

(٣) جرافن ١٥٧ ، ودع فرج مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٥ ، ساهو ٨٨ ،
== مازان ٩٢/٤/٩٢ راندو ص ٩٥ ، نيجر ٧٤ ، لاكليند ١٢٢ ، بلانش رودييه ص ٥٥٥ ومحكمة

ولا يمتزى بأن الشهادة التي يحملها الطبيب دليل على كفايته فإن هذه

== الأعداد الويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سبرى ١٨٩٢-٤٣٨ ، عمكة الأعداد الويسرى ١٨٩٢/١٢/٩ سبرى ١٨٩٢-٤١٦ ، فى قضىة تلخض ظروفها فى أن شخصاً عرض نفسه على أحد الأطباء ، فقصص حالته بأنها التهاب زهرى وعالجه على هذا الأساس ، ولكن آلام المرض ازدادت ففرضه على أطباء آخرين ، شخصوا حالته على أنها سرطان وانتهى الأمر بقطع قضيه .

قررت عمكة الاتحاد الويسرى أن الطبيب إذ فاته أن يلحظ حالة السرطان منذ البداية قد ارتكب خطأ ضد قواعد الفن مبتاه الجهل أو الإهمال فى بحث أعراض المرض ولكن الطبيب ملزم بأن تكون له دراية بالمبادئ الأساسية فى الفن الطبي فإن عرضت عليه حالة شمر أمامها بنقص فى علمه فليبه أن يستعين بأحد زملائه إلا إذا حالت الظروف دون ذلك .

هانر ١٩٢١/٦/٤ جازيت المحاكم ١٩٢٢-٢-١٢٢ (عدد ٢٧ يناير سنة ١٩٢٢) ، جنيف ١٩٣٥/٣/١٥ وتعليق يلو فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٩٠٣ ، مصر المختلطة ١٩١٦/١٢/٣٠ جازيت المحاكم المختلطة سنة ٧ ص ٥٧ رقم ١٦٦ .

فان سانت كاتان ١٨٦١/٥/٢٢ القانون ٢٨/٢٧-١٨٦١ ، وقد اشترط المحكم الخطأ الجسيم أو الجهل الطبيق ، لانيون ١٩٣٢/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٣-١-٣٣٩ (الجهل الطبيق بأصول الطب) ، موتيليه ١٩٣٤/٦/٧ (الخطأ الجسيم) ، دويه ١٩٣٤/١٢/١٨ مجموعة دويه ١٩٣٦-٣٨ (الخطأ الجسيم) ، متر ١٨٦٧/٥/٢١ سبرى ٦٨-٢-١٠٦ (الخطأ الفاحش) ، دويه ١٩٣٣/١/٢٤ سبرى ١٩٣٣-٢-٢١٣ (الخطأ الجسيم) ، جاردنا ورينفى والأحكام التى يشير إليها ص ٣١٢ ، استئناف مختلط ١٩٣٨/٤/٢١ B. L. J. ٢٥٠-٢٥٠ (النش أو الخطأ الجسيم) ، استئناف مختلط ١٩٣٣/١١/٢ B. L. J. ٦٤-٩٠ (الجهل الحقيق) وجازيت ٢٥ ص ٣٠ رقم ٤٤ .

وهذه الأحكام تشر بوجود استثناء حقيقى لصالح الأطباء فيما يتعلق بالأخطاء التى تقع فى التخصص فلا يسألون إلا عن الأخطاء الجسمية أو التى تدل على جهل مطبق بالطب العامة . ودون أن نذهب فى تحليل هذا القضاء إلى حد إعادة ما سبق أن قررناه من أنه لا يشترط قيام مسؤولية الطبيب درجة معينة من الخطأ ، يكفي أن نقرر أن المحاكم قد تأثرت بكون التخصص أكبر ميدان للخلافات الطبية ، وأكثر ناحية فى عمل الطبيب دوراً على الاحتمال واعتماداً على الحس والتعدين ، وهى لم تهمل إلا أنه تكون غلطة الطبيب فى التخصص قد تمت عن خطأ واضح أو جهل أكيد بالأصول الطبية .

وراجع مع ذلك استئناف مصر فى ١٩٢١/٤/١٦ عمالة سنة ٢ ص ٣٠ رقم ١٣ وسنة ٥ ص ٤١٧ رقم ٣٦٠ وقد جاء فى حثياته ... « وحيث عن الأمر الأول فقد أجمع علماء القانون أن الطبيب غير مسئول عما يقع فيه من الخطأ فى تشخيص المرض خصوصاً إذا تعاقبت الأعراض كما يقال هنا » ولو وصل علم الطب إلى هذه الدرجة من التقدم ومعرفة طبيعة الأمراض ==

الشهادة لا تعدو أن تكون وثيقة تمنحها الدولة لمن تجت في الصفات والمؤهلات اللازمة لمزاولة الطب، فهي لا تعني الطبيب من المسؤولية عن إجماله أو إغفاله لأصول الطبية التي يفترض فيه الإلمام بها.

ولئن كان تقدير المحاكم خطأ الأطباء يلزمها باقتحام الدائرة العلمية لتفهم الأصول الطبية، وهو ما كانت تتحرج منه في أول الأمر^(١)، فليس معنى هذا أن المحاكم لها الحق في المفاضلة بين النظريات الطبية المختلفة، بل عليها أن تبحت خطأ الطبيب على أساس الأصول العلمية الثابتة التي ليست محل جدل من الناحية الطبية^(٢).

ولا شك أن المستوى العلمي الذي يتطلب من الطبيب يختلف بحسب مستواه المهني والناحية التي تخصص فيها، فالأخصائيون يسألون عن أحدث ما وصل إليه

== بصفة فاعلة عند التشخيص لأصبح العالم غير العالم الذي نرى الآن ولفت وطأة الموت كثيراً عما هي عليه » .

وكذلك سمع هافه ١٨٨٩/١٢ دالوز ١٨٩١-٢٠٢١ في هامس ١ وقد جاء في حياته .

Attendu que le diagnostic de la maladie dont souffre la dame Venencie est des plus difficiles parce que les symptômes mêmes de cette maladie sont de nature, ainsi que l'enseignant les traités de médecine à tromper les médecins, et que l'opération chirurgicale désirée par Venencie est des plus dangereuses, a trop souvent pour résultat la mort immédiate de la malade et est prescrite par les praticiens les plus distingués.

Qu'on ne saurait d'ailleurs, en droit, dans aucun cas reprocher comme faute grave à un médecin de s'être trompé dans un diagnostic et de s'être refusé à pratiquer une opération chirurgicale dont les résultats sont toujours problématiques.

وهذان المسكان وإن قضيا بعدم المسؤولية عن الخطأ في التشخيص فليس معنى ذلك أنها أقرت قاعدة عدم المسؤولية بوجه عام لأن ظروف القضية لم تنظر على خطأ بالمعنى الفني لدقة التشخيص في الحالتين .

(١) قض ١٨٣٣/٦/١٨ سري ١٨٣٥-١-٤٠٩، قض ١٨٦٢/٧/٢١ سري ١٨٦٢-١-٨١٧ ودالوز ١٨٦٢-١-٤١٩، ديجون ١٨٦٨/٥/١٤ سري ١٨٦٩-٢-١٢ ودالوز ١٨٦٩-٢-١٩٥ .

(٢) ليح ١٩٣١/١/١٢ بليكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥ .

التقدم العلمى فى الناحية التى تخصصوا فيها ومسئوليتهم فى ذلك بطبيعة الحال أشد من مسئولية الأطباء الصوميين^(١). وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة سانت أفريك فى ١٨/٧/١٩٣٣ بأن طبيب الأشعة الذى لا يكشف كسراً فى رأس عظم الفخذ الذى أخذ له صورة، مع ما أثبتته الخبراء من وضوح أثر الكسر فى تلك الصورة، يدل بذلك على جهل تام بقراءة الصور العظمية، جهل لا يفتقر على الأخص من طبيب متخصص^(٢).

وفى مقابل ذلك لا يسأل الأخصائى عن عدم الكشف عن مرض لا يدخل فى الدائرة التى قصر عليها اختصاصه؛ فثلاً لا يلام من تخصص فى أمراض المصبة إن هو لم يفحص الأعضاء التناسلية للمريضة وهو ما كان يضمن له الوقوف على حقيقة الداء^(٣).

وعلى الطبيب أن يعترف بعجزه فيستعين بغيره إذا وجد أمام حالة أشكل عليه تشخيصها أو اشتبهت عليه أعراضها وإلا كان مسئولاً عن خطئه إن هو استبد برأيه^(٤).

(١) ملازو ج ١ بند ٥١١ من ٥٥٣، لاكاس بند ١٢٣.

(٢) سانت أفريك ١٨/٧/١٩٣٣ جلزيت باليه ٣٣-٢-٨٦٤، قض ٤/٣/١٩٣٩ سبرى ٣٩-١-١٦٦ والتعليق ودالوز الأسبوعى ٣٩-٣٣٧. والواقع أن عدم اكتشاف الكسر فى الصورة التى أخذت بالأشعة لا يمكن أن يعجل إلا على أحد أمرين كلاهما موجب لمسئولية الطبيب. فإما أنه أهمل فى تحرى وجه الحق فى قراءة الصورة ولما أنه يفتقر إلى الخبرة الفنية المطلوبة فى الأخصائى. راجع أيضاً موتيليه ٢٩/٥/١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ٤٥٣-١٩٣٤.

(٣) بلاش روده من ٢٢٠ و ٢١٩ ملازو ج ١ بند ٥١١ من ٥٥٣، لمقرى ٥/١ سنة ١٩٣١ المحلة الفصلية سنة ٣١ من ٨٩٤ وتعليق ديجوج بند ٣٧، مصر الكلية فى ٣٠/٥ سنة ١٩٣٣ فى القضية ٧٨٧ على سنة ١٩٣٢.

(٤) فالك المحلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ من ٦٢٨، ليجال الإهمال وعدم الاحتياط كمصدر للمسئولية التصديرية رسالة سنة ١٩٢٢ من ٧٠؟؟ لاكاس بند ١٢٣ من ٩٥، سافاتييه ج ٢ بند ٧٩١ من ٤١٠، متر ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧-٢-١١٠، الأعداد السويسرى ٩/١٢/١٨٩٢ سبرى ٩٣-٤-١٦، تانسى ١٩/٨/١٩٢٨ جلزيت باليه ١٩٢٨-١-١-٤٥٦، موتيليه ٦/٧/١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ٤٨٣-١٩٣٤.

٣ - مرحلة اختيار الدواء :

ولئن كان على الطبيب أن يعتنى بالتشخيص ليجنب نفسه مواطن الزلل في معرفة الداء ، فذاك لا توصلنا لتحديد الدواء المناسب لحالة المريض . وفي هذه المرحلة أيضاً - مرحلة اختيار العلاج - يبين ما في الطب من احتمالات إذ لا يكفي أن يعرف الطبيب نوع المرض بل يجب أن يراعى بنية المريض وسنه ودرجة إستهدافه وقوة إحتماله وحالته النفسية ليختار له ما يناسبه من طرق العلاج . فالمرض الواحد ليس علاجه واحداً في جميع الأحوال وما ينفع مريضاً قد يلحق أكبر الضرر بمريض آخر مصاب بنفس المرض حتى لقد قيل إنه ليست هناك أمراض بل مرضى .

وقد قررت محكمة سانت كاتان في ١٦ أبريل سنة ١٨٩١ أن الطبيب يعتبر مخطئاً إذا أمر بعلاج لم يراع فيه بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة إحتماله للوادر السامة التي تقدم إليه^(١) .
وحقاً يكون الطبيب مسئولاً يجب بدهاء أن يكون في استطاعته أن يكشف عن ضعف المريض الذي يحول دون استعمال علاج معين^(٢) .

(١) سانت كاتان في ١٦ أبريل سنة ١٨٩١ مذكور في ديبلر ص ٨٧ ، ليون ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سبى ١٩٠٧-٢-٢٣٣ ، أميان ١٤ فبراير سنة ١٩٠٦ سبى ١٩٠٩-٢-٢٢٥ ، سين ١٠ يناير سنة ١٩٢٠ جازيت باليه ١٩٢٠-١-٣٥٩ ، قض جناني ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢١-١-١٨٤ ، مرسيليا ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت باليه ١٩٢١-٢-١٦٧ ، ليج ١٢ يناير سنة ١٩٣١ بلجيكا القضائية ١٩٣١ عمود ١٨٥ ، سين ١٧ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية المدنية *Juris-classement civil* مادة المسؤولية الطبية في التعليق على المواد ١٣٨٢ و ١٣٨٣ رقم ١/١٠٩ بلانش رودييه ص ٤٩٥ جاردنا وريتشي ص ٣١٣ رقم ١٩٨ ، تعليق ميرينيك في دالوز ١٩٠٧-٢-٤٤ ، بجل ص ١٠٧ و ١٠٦ ، لاكس بند ١٢٧ و ١٣٥ ، جرافن ص ١٦١ ، مانس ص ١٠٥ والأحكام التي يشير إليها ، بيرو في سبى ١٩٠٧-٢-٢٣٣ في الآخر .
فان شاتوتيرى ١٩٠٥/٦/٧ سبى ١٩٠٩-٢-٢٢٥ ،

(٢) هالبوري ج ٢٢ ص ٣١٩ هامش ٢ ، ملازن ص ١١٠ في الآخر ، بلانش رودييه ص ٩٧ ، قض ١٨/١٠/١٩٣٧ سبى ١٩٣٨-١-٦٠ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٧-٤٤٩

ويجب على الطبيب في جميع الأحوال أن يراعى منتهى اليقظة في وصف العلاج ، وغالباً ما يكون ذلك كتابة في تذكرة يبين فيها تركيب الدواء وطريقة استعماله والجرعة التي يجب على المريض أن يتناولها ، ويكون الطبيب مسؤولاً عن كل إهمال أو جمل بأصول الفن في وصف الدواء أو تحديد الجرعة^(١) ؛ أما إذا اكتفى الطبيب بتحديد دواء بجرعة أزيد قليلاً من المعتاد حتى يكون تأثيره أقوى فإنه لا يرتكب خطأ ما طالما أن الزيادة في الجرعة لم تخرج عن حد العقول^(٢) ؛

(٢) محكمة جرينوبل ١٨٧٦/٢/٣ مذكور في مازان ص ١١٢ ، وقد اعتبرت الطبيب مسؤولاً عن وفاة مريض نتيجة خطئه في وصف تركيب دواء إذ أشار بأن يكون به ٤٠ جرام مورفين بدلاً من ٤ جرام . محكمة رين في ١٨٤٢/١٢/٧ مذكور في مازان ص ١٢٢ ، وقد اعتبرت الطبيب مسؤولاً عن وفاة مريض نتيجة غلطة في جرعة سيانور البوتاسيوم التي أشار باستعمالها . سين ١٨٩٤/٧/٢٨ جازيت باليه ١٨٩٦-٢-٦٥ ، ليكتور ١٨٩٥/٤/١٩ جازيت باليه ١٨٩٥-٢-١٤٣ ، إيساليون ١٩٣٢/١٠/١٠ دالوز الألبسوى ١٩٣٢-٥٩٧ سم ١٩٣٣/١١/٢ « B. L. J. » ٩-٢-٤٦ ، مصر مخ ١٩٢٣/٤/٢٦ جازيت الهاكم المختلط ص ١٥ رقم ٨٨ ، دونديوي فابر نشرة طبية شرعية ١٩٢١ ص ٤٤٩ وحكم كان التي يشير إليه في ١٨٧٩/٢/٢٠ ، مازان ص ١١٢ ، لاكاس بند ١٢٧ ، نيجر ص ٤٨٥ ؛ دونديوي فابر نشرة طبية شرعية ١٩٢٨ المسؤولية الطبية ص ٤١٤ ، بيتل ص ١٠٢ ؛ راجع أيضاً كتاب من الأمير وحاشية ججازي العموي ج ٢ ص ٤٠٦ وقد جاء فيه أن الطبيب يعتبر مسؤولاً إذا تجاوز الحد المعلوم في الطب عند أهل المرفة كأن سقى عبلاً دواء غير مناسب للماء معتقداً أنه يناسبه وقد أخطأ في اعتقاده .

وكتاب ابن الأخوة الثاني « معالم القرية في أحكام الحسبة » . مذكور في مقال الشيخ عبد العزيز الراعي عن مسؤولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢٠٦ ؛ أنظر ص ٢٠٨ حيث نجا فيه أن الطبيب يعتبر مسؤولاً إذا كان العلاج الذي أمر به على غير مقتضى المحكمة وصناعة الطب من غير تهريط ولا تعصير .

والهيدري في كتابه التاج والإكليل لمختصر خليل وقد نص على مسؤولية الطبيب إذا أخطأ في اختيار العلاج . راجع العبارة التي عليها الشيخ عبد العزيز الراعي في المال السابق المجلد ٢٠ بمجلة الأزهر ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

ومثل ذلك ما ذكره الواق ج ٩ في شرحه على متن خليل في مذهب مالك عند قول التي « وضن ما سرى كطبيب جهل أو قصر » راجع مقال الشيخ عبد العزيز الراعي المرجع السابق ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

(٢) تحرير الخبراء في القضية التي صدر فيها حكم سانت أمين في ١٨٩٢/٢/٥ دالوز ١٨٩٥-٢-١٩٩ .

كذلك الحال إذا كانت الجرعة متفقة مع ما تقضى به الأصول الطبية ولكنها أثرت تأثيراً سيئاً على المريض نتيجة حساسية خاصة في جسمه لم يكن في استطاعة الطبيب أن يتبينها^(١). ولا يسأل الطبيب أيضاً إذا اتبع نظرية أحد أساطين الفن في تحديد طريقة العلاج ، ثم لم يصادفه التوفيق فإن عدم توفيقه لا يحسب خطأ عليه ، بل نقصاً في العلوم الطبية التي لم تصل إلى حد الكمال^(٢).

ومتى اضطر الطبيب الى استعمال عقاقير خطيرة أو سامة ، فيجب عليه بنوع خاص أن يلفت نظر المريض الى طريقة استعمالها والجرع المصرح له بها وبينه الى خطورة التجاوز عن تعليماته حتى لا يقع في غلطة قد يكون ثمنها أن يفقد حياته^(٣). ولئن كان الطبيب ملزماً كلما أمر بعقاقير سامة بأن ينبه المريض الى ذلك ويحدد له على وجه الدقة الجرعة التي يتناولها فليس عليه بطبيعة الحال أن يلازم المريض ليراقب تنفيذ تعليماته، وإلا تضرر عليه — كما قررت محكمة استئناف ليون بحق^(٤) — أن يباشر مهنته ، وحسبه أن ينبه المريض الى مخاطر الدواء وأن يتبع

(١) تقرير الخبراء في القضية التي صدر فيها حكم محكمة سانت أتين في ١٨٩٢/٢/٥ دالوز ١٨٩٥-٢-١٩٩٠ ، سم ١٩٣٢/١١/٢ B. L. J. ٤٦-٤٧-٩٠ جازيت ٢٥ ص ٣٠ رقم ٤٤ ، هالبوري ج ٢٢ ص ٣١٩ هامش ٢ . وقرب من ذلك المباراة التي سبق أن قلناها عن كتاب تبين الحقائق ج ٥ ص ١٣٧ . وهي صريحة في أن الطبيب لا يسأل عما لا يمكن التحرز عنه مما يرجع إلى قوة بنية المريض أو ضعفها . وكذلك عبارة الحماية والعناية ج ٢ ص ٢٠٦ في نفس القضي .

(٢) ليون ١٩٠٤/١١/١٧ سيمى ١٩٠٧-٢-٢٣٢ دالوز ١٩٢٠-١-٣٠ في هامش ١ ، ليج ١٩٣٢/١١/١٣ بلجيكا القضائية ١٩٣٣-١٩٠٠ ، مازان ص ١١٣ .

(٣) جنج سانت أتين ١٨٩٢/٢/٥ دالوز ١٨٩٥-٢-١٩٩٠ ، ليون ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ١٨٩٥-٢-١٩٩٠ وقد وافتت محكمة جنج سانت أتين من حيث المبدأ وإن اختلفت معها من حيث تقدير الوقائع ، محكمة مصر المختلطة ١٩٢٣/٤/٢٦ جازيت المحاكم المختلطة ١٥ ص ٨٨ رقم ١٤٢ . بلانش رودييه ص ٩٩ ، مازان ص ١١٣ في الآخر ١١٤ ، يتل ص ١٠٥ ، دبليو ص ٨٨ ، دوجج ج ٦ بند ١٨٠ ص ١٨٧ وهو يربط بين مسؤولية الطبيب في هذه الحالة وبين فكرة التضامن بين المتعاقدين في العقود المهنية .

(٤) ليون ١٨٩٣/١٢/٧ دالوز ١٨٩٥-٢-٩٩ ، يتل ص ١٠٥ ، رودييه ص ٩٩ و ١٠٠ . قارن سين ١٨٦٥/٦/٢١ في دونديوي قابر نصرة طبية شرعية ١٩٣١ ص ٤٤٩ ،

عن كتب تأخيره عليه لكي يوجه العلاج بالشكل الذي يناسب حالته^(١). ولا يقلت الطبيب من كل مسئولية إذا كان العلاج الذي وصفه يتطوى على بعض المخاطر على حياة المريض لجرد أنه نبه إليها أو أخذ رضاه عنها بل يجب أن تكون حالة المريض نفسه تدعو لتعرضه لهذه المخاطر. ويرتبط التزام الطبيب في هذه الناحية بواجب أرباب المهن في رفض التعاقد متى تبين لهم، بحكم علمهم وخبرتهم، أن تنفيذ العقد الزرع إرغامه يتضمن أخطاراً حقيقية على حرقائهم^(٢). فكما أن المهندس عليه أن يرفض إقامة بناء على أرض لا تنطقه أو بمواد رديئة^(٣)، كذلك الطبيب عليه أن يرفض تعريض المريض لأخطار علاج لا تتناسب مع فائدته^(٤)؛ فالمهنة الطبية وليدة الضرورة ولا يتصور أن يكون

(١) سين ١٠/١٠/١٩٢٠ جازت إليه ١٩٢٠-١-٣٥٩، رن ٣ مارس سنة ١٩٣٠. *juris. Classour civil, 1382, 1383. 3me. partie, Responsabilité médicale.* جاردنا ورنشئ من ٣١٣ رقم ٩١٨، دونديوي فابر النشرة الطبية الصرعية سنة ١٩٣١ من ٤٥٨، يتل من ١٠٥.

(٢) مارتان من ١٢٥؟؟ محمد علي إمام من ٣٠٧؟؟ بند ١٢٦، ديموج ج ٦ من ٢٨ بند ٢٢، ريبير القاعدة الخلقية ٢٤٩، ديموج المجلد الفصلية ١٩٣٢ - من ١٥٥؟؟ بند ٧، سافاتييه بند ٧٧٧، فان رن من ٢١١، ودبي فرج في محاضراته غير المطبوعة التي ألفت في قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٣ في المسئولية المهنية.

(٣) مارتان من ١٣١، بودري ووجل الإيجار ج ٢ بند ٣٩٤٢، محمد علي إمام من ٣٠٨ ديموج ج ٦ بند ٢٢ من ٢٨ هامش ٣، هنس ١٦/٧/١٨٨٩ دالوز ١٨٩٠-١-٤٨٨ (٤) دومفرون ٢٨/٩/١٨٣٠ دالوز ريرتوارج ٣٩ كلة مسئولية من ٣١٥ هامش ١، جراي ٢٩/٧/١٨٧٣ سيري ١٨٧٤-٢-٥٨، سين ٢٧/٩/١٨٨٥ ذكره يرو في تطبيقه على باريس ٢٢/١/١٩١٣ سيري ١٩١٨-٢-٩٧، سانت كاتنان ١٦/٤/١٨٩١ ذكره يرو في تطبيقه على باريس ٢٢/١/١٩١٣ سيري ١٩١٨-٢-٩٧، نيس ٢٣/٦/١٩٠٠ سيري ١٩٠٩-٢-٣٢١، شاتوتيري ٧ يونية سنة ١٩٠٥ سيري ١٩٠٩-٢-٢٥٥ ودالوز ١٩٠٥-٥-٤١، اكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ وازيكريزى البليكية ١٩٠٧-٤-٣٧، باريس ٢٢/١/١٩٢٣ سيري ١٩١٩/١٨-٢-٩٧ وتطبيق يرو ودالوز ١٩-٢-٧٣، ليون ٢٧/٦/١٩١٣ دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ وتطبيق لالو، هنس ٢٩/١١/١٩٢٠ دالوز ١٩٢٤-١-١٠٣ وسيري ٢١-١-١١٩ وجازت إليه ٢١-١-٦٨، سين ٢٥/٢/١٩٢٩ جازت إليه سنة ١٩٢٩-١-٤٢٤، ليج ١٢/١/١٩٣١ بليكا القضائية سنة ١٩٣١ عمود ١٨٥، ليون ٣/١/١٩٣٦ = ١٨ (أ ب ر)

للطبيب حق التصرف في أجسام الناس وعقولهم وأرواحهم دون أن يتقيد هذا الحق بفائدة المريض ، وقابلة للمريض تأبى تريضه لأخطار علاج لا مبرر له^(١).

== دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ١٢٧ ، بتاريخ ١٩٣٦/٢/١٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ٤٣٦ .
والمبدأ مقرر منذ القدم — ميلان موسوعة القضاء « كلة جراح » ص ٦٦٢ وهو يشير
للى حكيم قديمين لقاضى سيدان وبران ناسى تعرضاً لبحث مسئولية طبيب رأى أراء خطورة
الحالة أن يجرى عملية قصيرة لمحاولة إعاذ امرأة كانت في حالة وضع .
وراج لانيلول وإسمان ج ٦ بند ٥٢٦ في الآخر ، ومذكرة دنيس في دالوز ١٩١٩ —
٢ — ٧٣ وتطيق يرو في سيري ١٩١٨ — ٢ — ٩٧ ، بلانث رودييه ص ٩٧ ، نيجر
ص ١٠٠ ، لاكاس بند ١٢٤ ص ٩٦ وبند ١٣٥ وبند ١٦٠ ، ديموج المجلة القضائية ١٩٣١
ص ٦٤١ ، يرو في سيري ١٩٠٩ — ٢ — ٣٢١ ، مازان ص ١١١ ، يندى ليفر في النفرة
الطبية الصربية سنة ١٩٣٤ ص ٩١ ، دونديوى فابر النفرة الطبية الصربية سنة ١٩٣١
ص ٤٤٣ و ٤٥٨ ديموج المجلة القضائية ١٩٣٢ ص ١١٥ ؟؟ بند ٧ ، هنرى دى بوا في دالوز
١٩٣٦ — ٢ — ١١٢ تطبيقاً على سين ١٩٣٥/٥/١٦ ، جاردنا وريتشى ص ٣١٣ رقم ١٩٩ ،
ذلك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٣١ ؟؟ سافاتييه بند ٧٨٦ و ٧٩٣ .
والطبيب ملزم بالأيامير المريض رغباته لذا لم تكن تتفق مع مصلحته تقص ١٩٢٠/١١/٢٩
دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٠٣ وسيري ١٩٢١ — ١ — ١١٩ ، سين ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥
جازت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٤٢٤ .

قارن ليج ١٩٣٣/١/١٣ بليجكا القضائية سنة ١٩٣٣ — ١٩٠ ، والمحنة وإن انتهت
إلى إلغاء حكم محكمة أول درجة فإنها لم تخالفها في المبدأ الذى قرره ، من حيث ضرورة تناسب
خطر العلاج مع خطر المرض ، بل عمدت إلى التضييق من قيمة أخطار العلاج حيث قررت أنه
طبقاً للنظرية التى أخذ بها الطبيب لا تعتبر أخطار الحفن بعمل Doke أخطاراً قاتلة بل هى
التمن المحتى القضاء للأموال فيه ، فإذا كانت نظرة الطبيب للعلاج خاطئة فليس ذلك إلا خطأً في التقدير
مرجهه إلى الخلافات الطبية التى لا يصح للمحكمة أن تعقم نفسها في الفصل فيها . بيتل ص ١٣٣
و ١٣٤ . وقرب عمد على إلمام رسالته في مسئولية الصراف بند ١٢٤ ص ٣٠٣ وهو يربط
بين اتجاه المحاكم إلى تفرهذه القاعدة بالنسبة لسائر أرباب المهن وميل المصراع إلى حماية الضعفاء
والأخذ بأنصرهم .

(١) يميل البعض (وديع فرج — مسئولية الأطباء والمراحين — مجلة القانون والاقتصاد
سنة ١٢ ص ٤٣٠ ، لالو في التطبيق على ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٤ — ٢ — ٧٣ ، سافاتييه
بند ٧٧٧ و ٧٨٦) إلى القول بأنه لما كانت سلامة جسم الانسان من النظام العام فحالة الضرورة
فقط هى التى تبرر المساس به ، وحالة الضرورة لا توجد إلا إذا كان الغرض منها دفع ضرر
مساو على الأقل للقائمة المرجوة (سافاتييه بند ٩٨ و ١٠٤) فبا تبينه الضرورة يماس فائدة
المريض وحده .

وعيب هذا الرأي في نظرنا أنه يحظى في فهم الأساس الذى بنيت عليه عدم مسئولية الطبيب . ==

يجب إذن على الطبيب أن يوازن بين أخطار العلاج وأخطار المرض ، فإذا كانت الحالة ميثوساً منها كان للطبيب حرية واسعة في اختيار وسيلة العلاج التي يرى فيها الإيقاظ الأخير لحياة المريض ، إذ أن هذه الوسيلة لن يكون لها من الأخطار أكثر من خطر المرض نفسه ، ونتيجته الطبيعية هي الوفاة . وبالعكس إذا لم يكن المرض يهدد حياة المريض بالخطر فإن حرية الطبيب في اختيار العلاج تعيق ، فيكفي أن يكون في العلاج خطر ما على حياة المريض ليحتتم استبعاده^(١) .

هذه الموازنة التي يجب أن يفصل فيها الطبيب برأى ليست من الأمور الهينة لما تنطوى عليه من عناصر هي على أكبر جانب من الدقة في التقدير ؛ ولتصوير ذلك يكفيننا أن نبين شيئاً من الصعوبات التي يجب على الطبيب أن يتخطاها أثناء مباشرته لبعض الوسائل العلاجية .

أولاً - الحقن بمصل التيتانوس :

لا شك أن الحقن بمصل التيتانوس في حالة الجروح الخطيرة من شأنه أن

== فليس إعفاء الطبيب من المسؤولية راجعاً إلى حالة الضرورة التي تخترس إزاماً قيام خطر جسيم حال وهو ما لا يتوفر في جميع الأحوال التي تعرض فيها أمر مسئولية (على بدوى الأحكام العامة في القانون الجنائي من ٤٠٣) بل هو يرجع إلى أن أعمال التطبيب والمجراحة الصادرة من ذي صفة في ممارستها إنما هي أعمال مشروعة لأنها تؤثر لفرض نافع تتطلبه الحياة الاجتماعية وتقره الدولة (القلمى للمسئولية الجنائية من ٢٥٤ ، الدكتور السيد وكامل مرسى من ٤٢٣ ، على بدوى من ٤٤٠٣ جازوج - بند ١٩٨٥ ، فيدال ومانويل بند ٢٣٣ ، أحمد أمين من ٣٩٢) وغنى عن البيان أن الطبيب يخرج بمهته عن الفرض التي شرعت من أجله إذا هو عرض المريض لأخطار علاج لا يمر له (فإذا كان أساس عدم مسئولية الطبيب هو أنه يستعمل حقاً محلولاً له عنقضى القوانين فإنه يجب أن يكون القتل الذي ارتكبه في الحدود التي يبيحها القانون وأن يكون الطبيب قد حوذى منه الفرض الذي ينفعه القانون والذي دعا الشارع إلى إباحته والإعادة إليه الصفة الجنائية . القلمى للمسئولية الجنائية من ٢٥٣ ؟؟ وعلى بدوى من ٤٠٥) فضلاً عما في ذلك من إخلال بالنقطة المشروعة التي بنيت عليها العلاقة بينه وبين الرضى (مارتان من ٤٤٨ ؟؟ في كون العلاقات المهنية تقوم على الثقة) .

(١) ليوت ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤-١٩١٤-٢-٧٣ ، هنى ١٩٢٠/١١/٢٩ دالوز ١٩٢٤-١٠-١٠/١٩٢١-١٩١٤-١٠-١٩٢١ وجازيت باليه ١٩٢١-١-٦٨ ، ليون ١٩٣٦/١/٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦-١٢٢٧ .

يجب الجرحى خطر الإصابة بمرض التيتانوس ؛ ولكن استعمال هذا المصل في جميع الأحوال يمرض المريض أحياناً لأخطار شديدة ، لا سيما إذا كان له استهداف ذاتي لمضاعفات المصل أو كان قد سبق حقه به .

فإذا فعل الطبيب إذن ؟ لا شك أن المسألة على جانب كبير من الدقة ولكن للبداية الأساسية التي نادى بها أساطين الطب^(١) ، والتي تأثرت بها المحاكم في قضائها توجب التفرقة بين فرضين :

١ - إذا كان الجرح غائراً أو غير منتظم وكان قد اتسخ بحيث يصعب تعقيمه كان على الطبيب أن يتحقق المصاب بمصل التيتانوس وإلا عرض نفسه للمسئولية ولا يفنيه من هذا الواجب أن يكون المكان الذي حصلت فيه الإصابة مما تندر فيه حالات التيتانوس^(٢) .

٢ - إذا كان الجرح سطحياً أو كانت ظروف الحال تدعو إلى الشك في احتمال الإصابة بمرض التيتانوس فللطبيب وحده أن يقدر حالة المصاب وما قد يتعرض له من أخطار إن هو حقه بالمصل ، ولا يسأل الطبيب عن المضاعفات الناشئة عن استعمال المصل ولا عن امتناعه عن استعماله طالما أن رأيه قد استوحى فيه التعاليم الطبية الحديثة وبناءه على تقدير دقيق للملابسات الحالية من حيث المكان الذي حصلت فيه الإصابة وسببها وطبيعتها وحالة المريض النفسية وتكوينه الجسماني^(٣) .

(١) نحن نشير بوجه خاص إلى ما اقترحه إحدى اللجان في مؤتمر الطب الشرعي في فرنسا دور ١٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ .

(٢) فالنتين ١٢/٢٦/١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣١-٢-٣٤٨ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٥٤ ص ٤١٢ .

(٣) إميليون ١٠/١٠/١٩٣٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢-٥٩٧ ، بلقور ١٩/١٢/١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٥-١-٩١٩ ، هاش ٢ ، مونتيليه ١/٢/١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥-١-٩١٨ ، سيري ١٩٣٥-٢-١٤٣ ، جراس ٢٧/٥/١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥-٢-٣٤١

ثانياً — العقاقير السامة :

معروف أن أغلب العقاقير الطبية لا تخلو من بعض السموم المعدنية ، فإن تجاوزت الجرعة ما يستطيع المريض أن يتحملة ، أصيب بحالة تسم قد تذهب بحياته ، لذلك كان لزاماً على الطبيب أن يقدّر الجرعة على أساس ما يتبين له من حالة المريض الجسمانية وسنه ووزنه ، وهو في هذا يتعرض لزاماً لاحتمال الخطأ في التقدير ، فقد تكون للمريض حساسية خاصة لنوع معين من الدواء تجعله يتعرض لاضطرابات خطيرة لجرّد تناوله أقل جرعة منه .

وفى تلافى الحوادث هو أدق ناحية في الطب ؛ فالطبيب الذى يعالج مريضاً بالزهرى مثلاً قد يرى أن زرنیخات البزین تحقق له أكبر الفوائد ولكنه يجب ألا ينسى ما قد يتعرض له المريض من أخطار من جراء استعمال هذا الدواء . ولقد عالجه د. دودى فابر ودونارود برويل^(١) — فى تقريرهم المقدم للمؤتمر السادس عشر للطب الشرعى — مسئولية الطبيب فى استعمال مركبات الزرنیخ قسماً والمخاطر التى يتعرض لها المرضى إلى الأقسام الآتية :—

١ — موانع لاستعمالها ولا مسئولية على الطبيب فيها :

١ — « Crise Nitroïde » وهى تحدث دون أن تسبقها أعراض تسمح بتوقعها أو تشير بكيفية العمل على تلافيتها .

ب — الأشجار المصلى « Apoplexie Sereuse » وهو يحصل للمريض عادة بعد يومين أو ثلاثة ولا يمكن توقعه أيضاً .

ج — التهاب الجلد المصحوب بالتقشر « Erythrodermie Exfoliante » ويمكن أن يبدأ بتقيح يظهر بمجرد الانتهاء من العلاج ؛ وحتى إذا ظهر التقيح أثناء العلاج فإن إيقافه فوراً لا يسمح دائماً بتلافى الالتهاب فى الجلد .

د — قرر دم يرجع الى إصابة المريض بنزيف وإلى عدم انتظام نخاعه
المغلى وقص في الكرات البيضاء » *Anemie aplastique hemorrhagique*
» *et agranulocytose* »

٢ — أموال يروى الحكم فيها على سلوك الطبيب :

إنه من المستحيل أن توضع قاعدة واحدة لما يجب أن يسلكه الطبيب إذا
ارتفعت حرارة المريض أو أصيب بصداغ أو دوار أو إسهال ، فالأمر يتوقف على
خطورة هذه الأعراض وما تتطلبه الحالة من سرعة استعمال مركبات الزرنيخ ؛ وقد
يستطيع الطبيب أن يوفق بين هذين الاعتبارين بإعطاء المريض فترة من الراحة
أو بإطالة الفترة بين الحقن أو تخفيض الجرعة ، ولكن لا شك أن هذه المضاعفات
تفرض على الطبيب عناية أكبر وحرصاً أشد ، فتحتم عليه أن يتتبع تطورات الحالة
حتى يستطيع أن يوقف العلاج فوراً إن رأى أن في استمراره خطراً على حياة
المريض .

وإصابة المريض باليرقان أو بالزلال تضع مشكلة دقيقة أمام الخبير ، ولكنه
يستطيع أن يعتبر الطبيب مخطئاً إذا استمر في العلاج على الرغم من ظهور الزلال
أو اليرقان .

٣ — المضاعفات التي يحكم بموتها :

قد يتعرض المريض لبعض المخاطر نتيجة أغلاط فنية لا نزاع فيها كما إذا
حقن المريض خارج الوريد . ولكن لا يلام الطبيب على مجرد تسرب بعض
النقط إلى الأنسجة الجلدية لأن ذلك قد يحدث لأكثر الأطباء كفاءة وأوفرهم تجربة .
ولا يفترض للطبيب أن يمد في العلاج حتى يصاب المريض بالتهاب في الأعصاب
نتيجة تجرعه كميات كبيرة من الزرنيخ إذ يتحتم على الطبيب على الأقل أن يوقف
العلاج إذ قد للمريض حساسية أصابه أو ظهرت عليه أعراض ارتعاش أو تسميل
أو شعر بالآلام ...

٤ — الأعراض المانعة من استعمال الزرنيخ :

يتحتم على الطبيب أن يوقف العلاج بالزرنيخ إذا ظهرت على المريض أعراض تنذر بإصابته بالتهاب في الأعصاب أو بدت عليه ثور وتقيحات قرمزية أو التهاب وتقرش في الجلد أو إذا أصيب بضعف سريع مضطرد .

٥ — الأعراض التي لا تشير بحجوب قطع العلاج :

إذا شعر المريض بتغير في طعم فمه أثناء حقن الطبيب له أو أصيب باحمرار في جلده في اليوم التاسع تقريباً فليس معنى ذلك أنه أصبح في حالة لا يتحمل معها الاستمرار في العلاج ولا يتبر الطبيب مخطئاً إن هو استمر في العلاج حتى النهاية . هذه قواعد صريحة لا تجوز مخالفتها بل ولا يجوز للطبيب أن يشير باستعمال الزرنيخ إلا بعد فحص شامل لحالة المريض وبحث دقيق لسوابقه المرضية وآثار الوراثية ، وقبل إجراء كل حقنة لا بد من تحليل البول وتتبع تأثير الحقنة السابقة على المريض ومدى احتماله لها وبغير ذلك يعرض الطبيب نفسه للمسئولية^(١) ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه لمن الرعونة أن يصد الطبيب بحقن المريض بالزرنيخ إلى مساعد لا يحمل شهادة الطب ومن ثم عاجز عن فحص المريض والتأكد من قوة احتماله للزرنيخ .

ثالثاً — الحقن بالأمصال :

ولقد استطرد دونديوى فابروزميلاه^(٢) في تقريرهم سالف الذكر وبينوا المضاعفات التي قد تنجم عن الحقن بالأمصال وقالوا إنه من الوجهة الطبية الشرعية تجب التفارقة بين الحالات الآتية .

(١) سين ١٩٢٠/١/١٠ جازيت باليه ١٩٢٠-١-٣٥٩ .

(٢) النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٥٧ .

١ - المضاعفات الناشئة عن الاستهداف الذاتي :

قد تكون للرّريض حساسية خاصة تجعله أكثر استهدافاً لمضاعفات المصل وهذه الحساسية قد تكون عامة فتصحبها الوفاة أحياناً وقد تكون محلية فتنبأ عنها قروح أو قيصحات متنفرة .

ولما كانت هذه الحساسية قد تتولد من سبق حقن الرّريض بالمصل فإن الطبيب يعتبر مسئولاً إذا أهمل التحرى عن سبق حقن الرّريض بالمصل أو لم يتبع طريقة « Besredka » .

٢ - المضاعفات المتأخرة التأخرية :

لايسأل الطبيب عما قد يصيب الرّريض من إحمرار في الجلد أو ألم في المفاصل أو ارتفاع في درجة الحرارة فذلك مضاعفات كثيراً ما حصل دون أن ترجع خطأ ما يمكن أن ينسب للطبيب .

٣ - التهاب العصب :

وكثيراً ما يتطور فيهدد الرّريض بالخطر وهو يحصل غالباً بعد الحقن بمصل التيتانوس .

رابعاً - استعمال البنج :

إذا كان استعمال البنج يتضمن أحياناً بعض الأخطار على حياة الرّريض فليس معنى هذا كما قررت محكمة استئناف أميان أن استعماله يجب أن يكون قاصراً على الأحوال التي يكون فيها الباء مهدداً حياة الرّريض^(١)، إذ القول بذلك ينتهي

(١) أميان ١٤ فبراير سنة ١٩٠٦ سبى ١٩٠٩-٢-٢٢٥ وتطبيق بيرو ، نيجر ١١١
بلانش روديه ١٣٥ و١٣٦ ، برو ١٥٧ .

قانون شاتونتييرى ١٩٠٥/٧/٧ سبى ١٩٠٩-٢-٢٢٥ ، ومرسيليا ١٩٢١/٤/٢٦
جازيت باليه ١٩٣١-٢-١٦٢ .

إما إلى مضاعفة العمليات الطويلة المولدة وإما إلى تأييد المعاهد التي لا تضع حياة المريض في خطر وإن كان من الممكن علاجها .
والواقع أن أخطار البنج في الأحوال العادية من الندرة بحيث لا تبرر استبعادها ، ولا شك أن تخدير المريض يقلل من الأخطار التي يتعرض لها لو أجريت له العملية وهو في وعيه حيث يتحمل من الآلام للبرحة ما قد يصاب معه بصلصة عصبية تذهب بحياته^(١) .

واختيار نوع البنج وطريقته مريداه الطبيب بحسب ظروف المريض وما تتطلبه حالته وهو ما قرره^(٢) محكمة مصر في قضية تلخص ظروفها في أن مريضاً أجريت له عملية جراحية انتهت بفقد بصره بسبب حركة عصبية بدت منه أثناء إجراء العملية . أخذ على الطبيب أنه لم يخدر الخنثى عليه تخديراً عادماً واكتفى بتخديره موضعياً مع أن التخدير العام كان كفيلاً بالألا تبدر من المريض تلك الحركة التي أدت إلى فشل العملية . قررت المحكمة أن اختيار طريقة التخدير من المسائل الفنية البحتة التي يرجع الأمر فيها لرأي الطبيب المعالج وتقديره بحسب ما يتفق مع حالة المريض ونوع العملية . ولما كان الطبيب الشرعي قد قرر أن القاعدة في عمليات العميون أن تعمل للبالغين بالتخدير الموضعي إذ هي لا تستغرق أكثر من برهة وجيزة وأن الكلورفورم لا يخلو إعطاؤه من خطر على المريض لذلك انتهت المحكمة إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية^(٣) .

(١) أبيان ١٤ فبراير سنة ١٩٠٦ سبتمبر ١٩٠٩ - ٢ - ٢٢٥ .

(٢) دوندويدى فابر النشرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣١ من ٤٥٣ و ٤٥٤ ، مازانت من ١٨٢ ، بلانش روديه من ١٣٦ ، أبيان ١٤ فبراير سنة ١٩٠٦ سبتمبر ١٩٠٩ - ٢ - ٢٢٥ .
وقارن مع ذلك الحكم الابتدائي الصادر من محكمة شاتوتيرى في ١٩٠٥/٦/٧ والنشور في نفس الموضع لقد تعرضت المحكمة في حكمها لمساءلة لم يكن من شأنها الفصل فيها لأنها عمل بخلاف جن الصالحات الطبية وهي مناسبة إعطاء الكلورفورم لشخص مدمن للخمور ومدى ما يتعرض له من أخطار من جراء ذلك . راجع أيضاً - دويه ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ في دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٣٥ وقارن الحكم الابتدائي الصادر في نفس القضية والنشور في نفس الموضع من محكمة بيترود في ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ .

(٣) مجلس الاستئناف في سنة ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ من ٧٨ و ٧٩ - ١٨٠ .

فامساً - التدخل الجراحي :

لا شك أن التدخل الجراحي يمرض المريض لأخطار لا يستهان بها ومن أجل ذلك يتعمد على الطبيب أن يخصص حالته ليتبين مدى احتماله العملية المراد إجرائها وهو مسئول عن القرار الذي يتخذه نتيجة لهذا الفحص^(١) لكنه لا يسأل بعد ذلك عن المضاعفات التي تنشأ عن العملية طالما أنه ألزم من جانبه كل الاحتياطات^(٢) الممكنة .

(١) ١٩٢٩/٢/٩ جازيت باليه ١٩٢٩-١-٦٤٩ ، هافر ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩
دالوز ١٨٩١-٢-٢٨١ هامش ١ وجازيت باليه ٨٩-٢-٦٨٠ ، وسافيتيه ج ٢ بند ٤٧٩ ص ٤١٢ .

وراجع دونديوي فاير النفرة الطبية الصرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٤٢ وهو يشير إلى أن حالة الضرورة قد تبرر لإجراء عملية إجهاض يرى الطبيب أنها لازمة لإعقاذ حياة امرأة يمرضها الحمل لأخطار جدية .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٩٣٩/٧/٨ في القضية رقم ٢٢٦ ملى سنة ١٩٣٨ وتفتش ظروفها في أن الدكتور جواد حمادة الجراح بالمستشفى الأميري أجرى ميلاد رثلة حنا أربعة عمليات ترقيع عظام انتهت ببر ساعده وساقه فرفع عليه دعوى يطالبه فيها بالتعويض هو ووزارة الصحة ، ولقد أخذ عليه أنه بعد أن تكتشف له حالة تركيبة الجسائي ولين عظامه وقابليتها للكسر وأنه بعد تكرار حصول القشل في النتيجة عدة مرات أجرى له عملية ترقيع في سنة ١٩٣٦ كان مآلها حتماً إلى القشل مما ينطوي على خطأ فاحش موجب لمسئوليته ؛ ولقد اتتبت المحكمة كبير الأطباء الصرعيين للاستفادة برأيه بقرار أن الطبيب اتبع في العلاج كل الوسائل الممكنة وأن طريقة العلاج التي بإشرافها تتفق والأصول الفنية وأن سبب عدم نجاحها يرجع إلى حالة الصلاب العامة .

وقد أخذت المحكمة برأى كبير الأطباء الصرعيين مقررة أنه لا مسئولية على الطبيب طالما أن العملية التي أجراها ، لها أساس علمي ثابت ، ولم يثبت أنه ارتكب خطأ جسيماً في إجراءاتها خاصة وأن عدم نجاح العملية يرجع إلى حالة المريض العامة ومخالفته أوامر الطبيب إذ لا شك أن المريض يجب عليه إطاعة الطبيب واتباع أوامره وإلا تحمل وحده تبعه المضاعفات التي تحصل له .

وعيب هذا الحكم في نظرنا أنه لم يعرض لبحث التعلقة الجوهرية في الموضوع وهي أنه إذا كان فشل العملية قد نشأ عن حالة المريض العامة فإن حالة المريض لم تكن مجبولة للطبيب الذي أجرى له عدة عمليات ترقيع سابقة كان مآلها جسيماً إلى القشل بسبب حالة المريض وتركيبه الجسائي من لين العظام وقابليتها للكسر ، فهل لم يكن على الطبيب في مثل هذه الظروف أن يقرر أن العملية الأخيرة ما كان لها من نتيجة ترجى بالنظر إلى حالة المريض وأنه لم يكن مفعلاً داع لإجرائها .

سادساً — المروج بالأشعة :

وإذا كان للجراحة مخاطرها فإن مشروط الجراح لا يحمل تلك القوة الدافعة الهائلة التي للأشعة وهي قوة إن كان العلم قد يسر للانسان استخدامها فهو لم يصل بعد إلى إخضاعها لسيطرته حتى يكون استعمالها غير مخوف بالأخطار ، لذلك يجب أن يكون العلاج بالأشعة مما تقتضيه حالة المريض الصحية حتى لا يتعرض لمخاطر لا مبرر لها^(١).

هذه أمثلة لبعض الوسائل العلاجية^(٢) ومنها يبين مدى الصعوبات التي تفرض الطبيب في اختيار العلاج وكيف أن ظروف الحال يجب أن يكون لها الشأن الأول في تقديره ؛ لا غرو إذن إن كان الحكم على مسلك الطبيب بميعار عادى كثيراً ما يكون شاقاً ، لذلك فإنه يؤخذ غالباً بالتقدير الشخصي للمريض ذاته^(٣) فهو الذي يتحمل وطأة المرض وهو الذي يسعى إلى الفائدة التي قد نجيء من وراء العلاج ، لذلك فإن رضاه يبرر بوجه عام تصرف الطبيب . ولكن هذا الميعار الشخصي لا يمكن الأخذ به إلا إذا دقت الموازنة بين أخطار العلاج وأخطار المرض فإن رجحت كفة أخطار العلاج بشكل واضح فلا مناص من قيام مسئولية الطبيب ولو كان المريض قد قبل العلاج . ويجب أن يكون تدخل الطبيب منصرفاً إلى العلاج لا إلى غابة أخرى^(٤).

== في نظرنا ما كان على المحكمة أن تبحثه من الناحية الطبية حتى يكون حكمها بعيداً عن كل مظن فإنه لا يمكن أن يكون للعصية أساس صحيح من العلم بل يجب أن يكون أفعالها يتفق مع مصلحة المريض .

(١) باريس ١٩١٣/١/٢٢ سبتمبر ١٨-٢-٩٧ ودالوز ١٩-٢-٧٣ ، نوس ٢٣ يونيو سنة ١٩٠٥ سبتمبر ١٩-٢-٣٢١ ، وأكر ٢٢-١٠-١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ ، برو ١٦٥ ، قرون سين ١٩٠١/١/١٤ القانون ١٩٠١/١/١٤ وتعليق ميرينيك في دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ .

(٢) راجع دوند يودى فاير النفرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٤٤ في عمليات الترقيع وقطع الدم والتلقيح الصناعي .

(٣) سافاتييه ج ٢ بند ٢٨٦ ويبتل ص ١٣٤ .

(٤) على بديوى ص ٤٠٥ ، جندي عبدالمالك ج ٥ ص ٨٣١ رقم ٣٤٠ ، جارسون ص ٣٠٩ ==

ومعنى ذلك أن يكون غرضه مما يقوم به من أعمال للهيئة سواء أكان تقرير دواء أم استعمال أشعة أم إجراء عملية جراحية ، الوصول إلى شفاء المريض من مرضه ، فإن كان تدخله منصرفاً إلى غرض آخر فقد خرج الطبيب عن وظائف مهنته وزالت صفته وتوافرت في فعله عناصر المسئولية وفق المبادئ العامة وتبعاً لما ينضى إليه تدخله من نتائج في جسم المريض أو حياته ولو كان برضاه أو بجهته^(١).

== بند ٨٢، جـ ٥ بند ١٩٨٥، لاكس بند ١٥٧، جرافن ص ١٥٨ ، ليون ١٩٣٦/١/٣ ، دالوز الأسبوعي ١٩٣٦-١٢٧، أرجانتان ٢ مارس سنة ١٩٠٤ القانون ٣١ مايو سنة ١٩٠٤، وقد اعتبرت طبيب الأسنان مسئولاً عن خلمه خرس مريض دون أن تدعو إلى ذلك ضرورة صحية بل لمجرد تحقيق - الرغ - واعتبرت مسئولية الطبيب في هذه الحالة مؤسسة على نظرية إساءة استعمال الحق إذ يجب أن يكون رائد الطبيب دائماً إجراء ما هو في مصلحة المريض. نفس ١٦ ابريل سنة ١٩٢١ سيري ١٩٢٣-١٤٢-١٤٢١ و دالوز ١٩٢١-١٨٤، جنابلات الأسكندرية ١٩٤١/٢/٢٥ في القضية رقم ٢٣٤٠ مركز الطائرين سنة ١٩٣٨ .

ويقول الدكتور أحمد محمد إبراهيم في تحليله لحكم الفريضة الإسلامية في هذا المسألة أنه قد يبدو أن هذا الشرط غير لازم وفقاً لرأى جمهور الفقهاء لأنهم قد جعلوا أساس إعفاء الطبيب من المسئولية رضاه المريض . ولكننا إذا أمعنا النظر في بحث العلاقة بين الطبيب والمريض وجدنا أن هذا الشرط لا بد من توافره لأن الصلة بين الطبيب والمريض صلة عقدية يحكمها العقد الذي تم بينهما والمريض إنما يطلب من الطبيب أن يتولى علاجه ويترك له اختيار طريقة العلاج ، فإذا تجاوز هذا الفرض فإنه يحد مسئولاً عن أعماله لخروجه عن حدود العقد .

ومع ذلك فإنه يجب أن نلاحظ أنه وفقاً لرأى الجمهور لا يسأل الطبيب ولو لم يقصد العلاج ما دام المريض قابلاً لذلك. (راجع مقال الدكتور أحمد محمد إبراهيم في مجلة الأزهر المجلد ١٩ سنة ١٩٦٧ ص ٨١٧) ؟؟ في مسئولية الأطباء في الفريضة الإسلامية وفي القانون للفران أنظر ص ٨٢١ . ويشير الشيخ محمد النجار (في مقاله حول مسئولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٥٣) إلى رأى آخر في الفقه يرى مؤاخنة الطبيب مع قيام الأذن لأن الأذن وقع على شيء محرم فكان على المأخوذ أن يتردد عنه ولا ينساق مع الأذن .

ويشير الشيخ عبد العزيز الرضا (مسئولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٣٠ ص ٢١٣، ٢١٤) على ما استخلصه الدكتور أحمد محمد إبراهيم من أحكام الفقه بأن الأذن وحده وإن أسقط القصاص لا يفي إلا بتقريب وجوب البدية فعدم المسئولية منوط بالأذن إذا كان العمل متتابعاً ولم يتجاوز الرسم ، هذا فضلاً عن أن يكون تدخل الطبيب مقصوداً به علاج المريض . جاء في شرح الطحاوى ما نصه: « قال لأخيراً أقطع يدي ، فإن كان للعلاج كما إذا وقعت في يده أكلة فلا بأس به وإن كان من غير علاج لا يحل » .

(١) لاكس بند ١٥٨، جارسون ٣٠٩٠٠ بند ٨٢ و ٦٩ وم ٢٩٥٠ بند ٢٢٢٨ ؟؟ و ٢٣٥ ، لاو بند ٤٢٨ ، على بنوى ص ٤٠٥ .

وعلى هذا الأساس لا يسم القضاء بمشروعية تقصير أيام إنسان ميثوس من حياته لجرد إيقاظه من آلام مها كانت^(١) مبرحة فليس من حق الطبيب أن يفرض حكمه على القدر ويعرض نفسه من حيث لا يشعر إلى ارتكاب جريمة قتل يتر حياة مريض لا معنى لليأس من شفائه طالما أن عروقه تنبض بالحياة .

وعلى ذلك أيضاً يعتبر الطبيب مخطئاً إذا عطل عضواً من أعضاء شخص ليساعده على التخلص من الخدمة العسكرية أو لاعتائه على منع النسل^(٢) في المستقبل دون أن يدعوا إلى هذا الاجراء ضرورة صحية . وقد اتفق كبار الفقهاء في فرنسا على أن الطبيب الذى يقوم بعملية جراحية لأمرأة يستأصل بها مبيض التناسل بناء على طلبها وبغير أن تستأزم حالتها الصحية شيئاً من ذلك يكون مستحقاً للعقاب على الجريمة العمدية^(٣) .

والمبدأ الذى قررناهما من حيث وجوب أن تكون جهود الطبيب موجهة نحو شفاء المريض وأن تكون وسائله فى العلاج لا تتطوى على مخاطر تبررها حالته ، على ما قد يثيرانه من صعوبات فى التطبيق لها ميزة وضع أساس عام شامل

(١) دندوبوى نابى النشرة الطبية الفرنسية ١٩٣١ المشوية الطبية ص ٤٢٦ ، مازات ص ١١٩ و ١٢٠ ، على بدوى ص ٤٠٥ ، نيجر ص ٩٩ ، روديه ص ١٠٥ و ١٠٦ ، مانس ص ١٧١ ؛ جارسون فى التطبيق على المادة ٢٩٥ ص ٦٧٣ رقم ٣٧٠ ؛ وليس معنى هذا بطبيعة الحال أن يتمتع على الطبيب أن يعطى المريض بعض العقاقير المسكنة حتى لا يتركه يتلقى فى آلام المرض وإن كان من شأن هذه العقاقير أن تنحصر من أيام حياته . دى سامبر فى مانس ص ١٢٦ .

(٢) جارسون م ٣٠٩ بند ٨٢ ، جاروجيه بند ١٩٨٥ هامش ٣٩ ؛ جندى عبدالمالك ج ٥ ص ٨٣٣ رقم ٣٤٠ ، على بدوى ٤٠٥ ، سافاتييه بند ٧٨٦ ، دندوبوى نابى النشرة الطبية الفرنسية سنة ١٩٣١ ص ٤٣٨ . وفارن على العكس مشروعية التلقيح الصناعى دندوبوى نابى هس المرجع ص ٤٤٧ .

(٣) على بدوى ٤٠٥ ، جارسون م ٣٠٩ بند ٨٢ ، جاروجيه بند ١٩٨٥ .
ولقد اقترح البعض إجازة تقييم المجرمين كوسيلة لمحاربة الاجرام واتبعت هذه الوسيلة فعلاً فى ألمانيا بمقتضى قانون صدر فى سنة ١٩٣٢ أجاز تقييم المجرمين من غير الجنس الآرى كما اتبعتها بعض الولايات فى الولايات المتحدة وسويسرا . راجع فى ذلك لا كلين بند ١٥٨ والمرجع المشار إليها فى هامش ٢١ ص ١٢٣ .

لمسئولية الطبيب في اختيار العلاج وهو أساس تظهر أهميته وخطورته بنوع خاص في التجارب العلمية وجراحة التجميل .

المبادئ الطبية

لا قصد بالتجارب الطبية تلك التي يلجأ إليها الأطباء إذا ما اصطدموا بحالة تمتاز في علاجها الأصول العلمية الثابتة ، قد أشرنا الى أن الطبيب يتمتع في هذه الحالة بحرية واسعة ، فيكون من حقه أن يجرب علاجاً جديداً قد يكون فيه الأمل الأخير لإعطاء المريض ، ولا مسئولية عليه طالما أن جهوده كانت خالصة لمصلحة المريض^(١) إذ القول بغير ذلك يهدد بالمجود المهنة الطبية ويقضى على روح الابتكار لدى الأطباء .

وإنما نحن قصد بالتجارب الطبية تلك التجارب العلمية أو الفنية التي تعمل دون ضرورة تلميها من حالة المريض ذاته بفرض إشباع شهوة علمية أو حتى لخدمة

(١) سامو ص ٩٥ ، مازان ص ١١٥ و ١١٦ ، ماكس سيمون في الواجبات الطبية *Déontologie* ص ٤٢ ، تطبيق دييوا على سين ١٦/٥/١٩٣٥ في دالوز سنة ١٩٣٦-٢-١٢ ، تطبيق لالو على ليون ٢٢/٦/١٩١٣ في دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ ، تطبيق بيرو في سيري ١٩٠٢-٢-٣٢٢ ، تطبيق بيرو على باريس ١٩١٣/١/٢٢ سيري ١٩١٩-٢-٩٧ ، ليون ديس في دالوز ١٩١٩-٢-٧٣ ، سوردا طلبة ٥ ج ١ بند ٦٧٧ ، بيرو في التطبيق على أكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ سيري ١٩٠٩-٢-٢٣١ ، دونديوي غابر النفرة الطبية الفرعية ١٩٣١ ص ٤٤٠؟؟؟ ديفلو ص ١٢١ و ١٢٢ ، نيجر ص ٨٨ ، بيل ص ١٣٨ ، لاس بند ١٦٠ ، بلانز روديه ص ١٠٠ و ١٠١ ، جاردنا وريشفي في المسئولية المدنية ص ٣١٢ رقم ١٩٢ ، سانتييه ج ٢ بند ٧٩٣ ص ٤١١ ، الجزائر في ١١/٩/١٨٩٧ سيري ١٩٠٩-٢-٣٢١ ، ليون ١٥/١٢/١٨٥٩ سيري ١٩٠٩-٢-٣٢١ ، سين ٥/١/٩٠ بانديكت ١٩٠٢-٢-٢١٦ ، فانت ٢٠/١/١٩٢٥ جازيت بالية ١٩٢٥-١-٥٥٣ .

والفرصة الفراء تبيح للأطباء الاجتهاد في علاج الأمراض فلا يسأل الطبيب لو خالف بعض آراء زملائه متى كان رأيه يقوم على أساس سليم ، وهذا الحكم واضح بما ورد في كتاب معين الحكم ص ١٩٨ وحاشية الطهطاوي ج ٤ ص ٢٧٦ حيث قيل بعدم ضمان الجراح إذا قام بجراحة لثلاثة سقطت من الطعق رغم قول بعض الجراحين بأن إجراء العملية يسبب موتها وقد قيد عدم الضمان في هذه الحالة بأن يكون الشق معتاداً غير فاحش أو خارج عن الرسم أى عن القواعد الفنية المرسومة للشق .

علم الطب أو خلدمة الانسانية المذبة كما يقولون أحياناً .

لا شك أن هذا النوع من التجارب يكون خطأ يوجب مسئولية الطبيب متى أحدث ضرراً بإنسان^(١) فهما سمت الفاية المنشوقة من مثل هذه التجارب فإنه لا يجوز تضحية صحة شخص أو حياته لبلوغ اكتشاف قد ينفع غيره من بعده^(٢) .

(١) ليون ١٨٥٩/١٢/١٥ دالوز ١٨٥٩-٣-٨٧ وسيرى ١٩٠٩-٢-٣٢١ ،
جراى ١٨٧٣/٧/٢٩ سيرى ١٨٧٤-٢-٥٨ ودالوز ١٨٧٤-٥-٤٣٦ ، أكس ٢٢
أكتوبر سنة ١٩٠٦ سيرى ١٩٠٩-٢-٣٢١ وتطبيق يرو فى دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ ،
سين ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٦-٢-٩ ، باريس ١١ مايو سنة ١٩٣٧ سيرى
سنة ١٩٣٨-٢-٧١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٧-٣٤٠ ، ليون ١٩١٣/٦/٢٧ وتطبيق لالو
فى دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ ، جنات الألكندرية ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ فى القضية رقم
٢٣٤٠ مركز الطائرن سنة ١٩٣٨ ورقم ٧٢٩ سنة ٢٩٣٨ كلى ، وقد قررت هذا المبدأ
حسناً وإن لم يكن محل بحث فى القضية ، دالوز ريرتوار ملحق ١٠ طب رقم ٦٥ ، بلانش
روديه ١٠١؟؟ جرافن ص ١٥٨ ، سامو ص ٩٢؟؟ دغلو ١٢١ ، نيجر ص ٨٩ ، دبليو
ص ٩٤ ، لاكلس بند ١٦١ ، دونديوى نابز النفرة الطبية الشرعية ص ٤٤٤؟؟ ديولومب
ج ٣١ بند ٤٤٧ ص ٤٧٨ ، نالك المحلة الانتقادية ١٩٣٧ ص ٦٣٧ ، هنرى دييوا فى دالوز
١٩٣٦-٢-١١ تطبيقاً على سين ١٦/٥/١٩٣٥ ، جندى عبد الملك ج ٨٣٣ رقم ٣٤٠ ،
بيرو تطبيقاً على باريس ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ سيرى ١٩١٩-٢-٩٧ ، ريرير فى المحلة
الانتقادية سنة ١٩٠٧ ص ٢٠٠ ، مازان ص ١١٥؟؟ يتل ص ١٣٨ ، لوران ج ٢٠ بند ٥١٨ ،
جاردا وريتشي ص ٣١٤ بند ٢٠٦ ، جانلوفى دالوز ١٩٣١-٢-١٤١ ، ديوجو المحلة الفصلية
سنة ١٩٣٥ ص ٦٤١؟؟ وفى كتابه فى الالتزامات ج ٢ بند ٨٠٣ و ج ٦ بند ١٨٠ ص ١٨٦ ،
على بدوى ٤٤٠؟؟ جارسون ٣٠٩م بند ٨٣ ، جارو ج ٥ بند ١٩٨٥ وهامش ٣٢ ، أحد
أمين ص ٣٨٨ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٧ ص ٤٠٥ .

قارن تطبيق ميرينيك على أكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ فى دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ .
والقصد بالضرر هنا أن يكون فى فعل الطبيب ثمة ماس بجسم الإنسان ، ولا عزة بنتيجة
تدخله ، لأن الطبيب يخروجه عن الفايات التى من أجلها أبيع له مزاولة المهنة ، يكون قد خرج
عن حدود هذه الإباحة وأسقط عن نفسه الحماية التى يسمتها القانون على فعله . دالوز ريرتوار
ملحق ١٠ - طب رقم ٦٥ وقارن ما جاء عرضاً فى حيثيات حكم باريس فى ١٩١٣/١/٢٢ (سيرى ١٩١٨-٢-٩٧) .

(١) ولقد حصل البحث فيما إذا كان من الجائز إجراء مثل هذه التجارب على المجرمين
المحكوم عليهم بالإعدام خذمة للعلم ولكن الواقع أن هذه الاعتبارات التى توجب مسئولية الطبيب
عن إجراء مثل هذه التجارب يوجه عام توجيهها أيضاً بالنسبة لأجرائها على المجرمين إذ لا معنى
لإعذار دم المحكوم عليه بالإعدام قبل تنفيذ الحكم عليه ، والقول بغير ذلك معناه توقيع عقوبة
أخرى على المجرم قبل إعدامه (راجع مائش ص ٤٣) .

وليس بذى شأن أن يكون الطيب أو الجراح قد راعى فى عمله كل الأصول العلمية والفنية لأن مجرد الإقدام عليه يكون الخطأ .

ولقد ثار البحث فيما إذا كان رضاه المريض يظهر عمل الطيب ويعفيه من المسؤولية ، فذهب البعض إلى أنه إذا كان الأصل وجوب أن تكون جهود الطيب موجهة إلى شفاء المريض فليس ذلك الشرط ضرورياً إذا ما ارتضى المريض أن يكون محلاً لبعض التجارب وهو على بينة مما تعرضه له من أخطار^(١) .

وفى رأينا أن قبول الشخص الذى أجريت عليه التجارب لا يعفى الطيب من المسؤولية إذا هو رجع عليه ليطالبه بالتعويض عما لحقه من ضرر^(٢) .
ولتأكيد ذلك يكفينا أن نزيد إلى الناكرة بعض مبادئ القانون الجنائى لما بين المسئولين الجنائية والمدنية من تلازم .

لا شك أن رضاه المجنى عليه لا يمنع بذاته من عقاب الجراح على جريمة

(١) جودى شرح القانون الجنائى المصرى ج ١ ص ١٧٣ فى الهامش ، وهو يدل على ذلك بأن خان البالغ الذى اعتنى الاسلام جائر متى قبل ذلك مع أنه ليس علاجاً ، ولكن جوازه راجع فى الأصل لا إلى رضاه المجنى عليه بل إلى أنه أمر مشروع تقره الفريعة الاسلامية من جهة وتبيحه النصوص الوضعية من جهة أخرى .

رأيه ص ٨٦ ، مرافعة روفى ليون ٨٥٩/١٢/١٥ مذكورة فى ديسلير ص ٩٥ ، مرنياك فى دالوز ١٩٠٧-٢-٤٩ تعليقا على اكس ١٩٠٦/١٠/١٢ .

قرب ديجوج فى المجلة الفصلية ١٩١٣ ص ٤١٦ ، ومانش ص ٤٣ . وحكم الفريعة الاسلامية حسبما استخلصه الدكتور احمد محمد ابراهيم فى مقاله السابق الاشارة اليه فى مجلة الأزهر المجلد ١٩ ص ٨٢١ .

(٢) ليون ١٨٥٩/١٢/١٥ سبرى ١٩٠٩-٢-٣٢١ ، جرای ١٨٧٣/٧/٢٩ سبرى ٧٤-٨٢-٧٤ دالوز ٥-٤٣٦ ، محكمة الاتحاد السويسرى ١٨٩٢/٦/١٠ سبرى ١٨٩٢-٤-٣٨ ، ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ وتعليق لالو ، سين ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ فى دالوز ١٩٣٦-٢-٩٠ وتعليق ديويو ، ساهو ٩٤ ، مازو بند ١٤٩٣ ، ريبير المجلة الانتقادية ١٩٠٨ ص ١٠٠ ، مرنياك فى دالوز ١٩٠٧-٢-٤٢ ، جرافن ١٥٩ سافانيه بند ٧٨٧ ، لالو طبعه ١٩٢٨ بند ١٣٢ ، دونديوى فابر النشرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٤٠ ، ليون ديسلير فى التعليق على باريس ١٩١٣/١/٢٢ دالوز ١٩١٩-٢-٧٣ ديفلو ص ١٢١ و ٩٥ ، بيلل ص ١٣٨ و ١٣٩ ، جاردنا وريتشى ص ٣١٤ رقم ٢٠٦ ، ريبير المجلة الانتقادية ١٩٠٨ ص ١٠٠ . قارن باريس ٤ مارس ١٨٩٨ سبرى ١٨٩٩-٢-٠٩ .

الجرح أو القتل عمداً طبقاً للمواد ٢٣٦ و ٢٤٠ : فليس الرضاء سبباً من أسباب الإلحاق في الجرائم التي تمس جسم الإنسان لأن سلامة جسم الإنسان من النطاق العام وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع^(١) ، حتى يعفى الطبيب إذن من العقاب لا بد أن تكون عدم مسئوليته راجعة إلى سبب خارج عن إرادة المريض وهذا السبب هو في الواقع ترخيص الشارع له بمزاولة المهنة^(٢) . فالمهنة الطبية تتمتع بترخيص من القانون يظهر المساس بسلامة جسم الإنسان ويرفع عنه الصفة الإجرامية . فإذا كان رضاء المريض شرطاً لعدم مسئولية الطبيب فليس هو الشرط الوحيد ، بل إن شرطاً آخر يجب توافره ولا يجوز لأصحاب المصلحة استبعاده لأنه مستمد من طبيعة المهنة الطبية والسبب في وجودها ، فالطبيب أو الجراح يجب ألا يستغل علمه ومهارته إلا في الأغراض التي يبيحها القانون والتي من أجلها رخص له بمزاولة

(١) فينال ومانيول — شرح القانون الجنائي طبعة ٧ بند ٢٣٦ ، جاروطبعة ٣ شرح قانون العقوبات ج ٢ بند ٤٥٩ ، جارسون مادة ٢٩٥ رقم ٢٣٥ و ٢٤١ ، ديواني دالوز ١٩٣٦ — ١١ — ٢ ، دونديوي نازر مجلة الطبية الفرعية سنة ١٩٣١ المسئولية الطبية في ٤١٩ ، جندي عبد الملك ج ١ ص ٥٨٨ رقم ١٣٣ و ج ٥ ص ٨٣٥ رقم ٣٤٤ ، الدكتور السيد وكامل مرسى ص ٤٢٣ و ٤٥٦ ، علي بدوي ص ٤٠١ و ٤٠٢ أحمد أمين ص ٣٨٧ .

قرب قض ١٩٢٧/١١/١٦ مشار إليه في دونديوي نازر — المسئولية الطبية في النشرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٢٧ . عكس قض ١٨٩٧/٤/٢٤ القضاء سنة ٤ ص ٢٩١ ، واستشافا كس ١٩٣١/٧/١٦ دالوز ١٩٣٢ — ١٩٣٧ — ١٠ — ٣٧ ، وجودي شرح القانون الجنائي المصري ج ١ ص ١٧٣ ، وحكم الفريضة الإسلامية في مقال الدكتور أحمد محمد إبراهيم — مسئولية الأطباء في الفريضة الإسلامية وفي القانون للفران مجلة الأزهر مجلد ١٩ سنة ١٣٦٧ ص ٨٢٠ وبنائهم الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

(٢) فينال ومانيول بند ١٨٥ مكرر و ٢٣٣ ، جارو للمطول ج ٥ بند ١٩٨٥ وهامش ٣٠ ، جارو ج ٢ بند ٦٠ ، جارسون م ٣٠٩ بند ٨٠ ، دونديوي نازر النشرة الطبية الفرعية ١٩٣١ المسئولية الطبية ص ٤١٨ ، القلبي المسئولية الجنائية ص ٧٥٤ ، الدكتور السيد وكامل مرسى ص ٤٢٣ ، علي بدوي ص ٤٠٣ و ٤٠٤ جندي عبد الملك الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٧٨٤ رقم ٢١٥ والأحكام المشار إليها فيه ص ٢٣١ رقم ٣٣٩ و ج ١ ص ٥٣٩ رقم ١٣٥ ، أحمد أمين ص ٣٩٢ ، قض ٢٨ مارس سنة ١٩٣٨ في ملحق مجلة القانون والإقتصاد سنة ٨ القسم الجنائي رقم ٩ ص ١١٩ ، قض ١٩٣٢/١٠/٢٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٦٨ ص ٦٠٢ . وفي حكم الفريضة الإسلامية على منصف مالك ورائج مواهب الجليل ج ١ ص ٣٢١ .

المهنة^(١). والقول بأنه يمكن الحد من مدى هذا الالتزام بالتراضى من ناه هدم قاعدة أساسية من قواعد الفن الطبي لأن جل الالتزامات المهنية ذات قوة إلزامية لما لها من مساس بحياة الأفراد وصحة أبدانهم فلا يملك ذوو المصلحة أن يحددوا مداها باتفاقهم^(٢).

فكيف يتحدد إذن هذا الشرط الذى لا ينفى عنه رضا المجنى عليه وما هو فيصل التفرقة بين ما هو مشروع وما هو غير مشروع من نشاط الطبيب ؟

الواقع أنه يجب الرجوع إلى نية الطبيب أو الجراح والأغراض التى قصد إليها من وراء تدخله فإذا كانت جهوده خالصة لمصلحة المريض فلا مسئولية عليه لأنه لم يحد عن حدود مهنته ولم يخرج عن الأغراض التى من أجلها ألبح له الشارع للمساس بحسم الإنسان . أما إذا كان غرضه إجراء تجربة علمية بقصد ملاحظة نتائجها والإفادة منها فلا شك أنه يكون مسئولاً لأن المشرع إذ أعفى الأطباء من المسئولية عن جريمة الجرح عمداً أو الضرب القصى إلى الموت قد راعى ما فى تدخلهم من فائدة للمريض نفسه ولم يقصد أن يبيع لهم أن يتخذوا من أجسام المرضى حقولاً لأبحاثهم أو ميداناً لتجار بهم العلنية^(٣)؛ ولا يقدح من ذلك أن تكون مصلحة المريض ذات اعتبار ثانوى فى تقديرهم^(٤)، فسلامة جسم الإنسان لا يجوز للمساس بها إلا لضرورة فائدتها وبقدر يتناسب مع تلك الفائدة لا فرق فى ذلك بين ما إذا كان الطبيب متبرعاً أو مأجوراً^(٥).

(١) هنرى ديوا فى دالوز ١٩٣٦-١٩-٢ .

(٢) هنرى ديوا فى الموضع السابق ، إسمان فى بلانيول بند ٥٢٦ ، ديموج ج ٦ بند ١٨٠ ، مازوج ٢ بند ١٤٩٣ ، قس ١٩٢٠/١١/٢٩ دالوز ١١٢٤-١٠٣ .

(٣) ريبير — المجلة الانتخابية ١٩٠٨ ص ٢٠٠ . وهذا تطبيق لنظرية إساءة استعمال الحق لأن حق الطبيب محدد بالتراضى من استعماله .

(٤) ليون ١٥/١٢/١٨٥٩ سيمى ١٩٠٩-٢-٣٢١ .

(٥) فوزينيه ص ١٣٩ فى الآخر ، سافيتيه ج ٢ بند ٧٨٧ .

وفرنس كس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١٠ ، وقد مالت المحكمة إلى تخفيف المسئولية بالنظر للمصلحة الطبية التى لم يكن يجرى وراء مصلحة مادية وإنما كان مدفوعاً بالرغبة فى البحث العلمى .

ففي جميع الأحوال التي لا يكون تدخل الطبيب فيها قد أوجت إليه الرغبة في شفاء المريض أو التخفيف من آلامه فإن المقد بين الطبيب والمريض يستبر بإطلا بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب في التزام الطبيب ومن ثم تسقط عنه الحماية التي تسبها عليه مهنته ويكون مسئولاً مسئولية تعصيرية لأنه متى كان المقد بإطلا انعدم وجوده وبطل تأثيره على طبيعة المسئولية^(١).

وقضاء المحاكم الفرنسية في القضايا القليلة التي عرضت عليها من هذا النوع مستمر على أن الطبيب يعتبر مخطئاً إذا باشر غرضاً غير شفاء المريض فالتزامات الطبيب نحو العلم لا تسوغ له المساس بجسم الإنسان^(٢).

أما في ألمانيا فيرى بعض الفقهاء في التجربة العلمية أمراً مشروعاً يؤدي إلى حفظ الصحة العامة وتقره البوالة فلا مسئولية فيما يترتب عليه^(٣). وفي إيطاليا، اعتماداً على رضاء المجنى عليه، قرر القضاء ألا مسئولية على الطبيب في عمليات الجراحة الخاصة

== عكس مرينيك في دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ ، الذي يرى أن التجارب العلمية سبب لتثديد لا لتخفيف .

(١) ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ .

(٢) ليون ١٩٠٩/١٢/١٥ سري ١٨٥٩-٢-٣٢١ .

وقد حكمت المحكمة على طبيب مستشفى بتطبيق المادة ٣١١ من قانون العقوبات لأنها أراها أن يتعرفا مبلغ العدوى من مرض الزهري المارض فأوصلا مجموعة من ميكروباته إلى سبي في المستشفى فأصيب به .

اكن ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ وبازيكريزي البلجيكية ١٩٠٧-٤-٣٧ ، ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ .

(٣) فون لست ج ١ ص ٢٢٦ ، وهو يتوسع في نظريته توسعاً شاملاً أعمال غير الأطباء وأعمال الطب الحديث على أنواعها مما لا يتفق هو والمباحث المضممة الآن في فرنسا وفي مصر ، فهو يجبر من الأعمال المشروعة كل الوسائل اللازمة لتحقيق غاية تهرها الدولة ... ومنها إصابات الجسم التي يجربها الأطباء للوصول إلى تشخيص المرض أو إلى علاجه أو إلى تهجيل الجسم أو إلى غاية علمية سواء أتمجت أم فشلت في سيرها ما دامت متفق مع قواعد المصحة وأصول الفن .

قارن جودني — المرجع السابق — هلبش ص ١٧٣ حيث يخالف رأي الفقه الفرنسي في وجوب توفر غرض البلاج من المرض ويرى أن هذا الشرط غير ضروري ما دام رضاه المساب صحيحاً .

بتفخيش التذات الجنسية وتجديد الشباب على طريقة فورنوف^(١)، وقد يكون هذا صحيحا اذا سلمنا بأن الشيخوخة مرض يبرر العلاج على هذه الطريقة .

جراحة التجميل

علمنا أن مهمة الطبيب الأولى ينبغي أن تنحصر في شفاء المريض وتخفيف أوجاعه وأن خطورة العلاج يجب أن تتناسب مع خطورة المرض ذاته وأنه يجب على الطبيب ألا يمازف باستعمال علاج قد ينجم عنه انخطر أو بإجراء عليه قد لا تؤمن منبتها إلا إذا كانت حالة المريض تتطلبها لزاما .

ولكن تطورات الحياة العصرية — خاصة بعد الحرب العظمى — أوجدت نوعا جديدا من الجراحة^(٢)، لا يقصد به شفاء علة من العلل بل إصلاح تشويه لا يؤدي صحة الأجسام في شيء . فالتناس ، وبالأخص النساء ، لا يرضون بما قسم الله لهم ، فالمجوز تريد أن تمود شابة والسمنة تريد أن تصبح هيفاء ممشوقة التوام وتود القصيرة لو طالت والطويلة لو قصرت والسمراء لو ابيضت والبيضاء لو لفتها الشمس وهكذا .

وإذا كان أرباب المهن أبوا إلا أن يجاروا الجمهور في رغباته فإن مشرط الجراح لم يرض أن يبق في المؤخرة فأدلى بين الدلاء بدلوه وجاء بالمدش والمعجز فهذه أنف كأنف ابن حرب أعادها مشرط الجراح دقيقة ممشوقة وهذه عيون ضيقة

(٢) ويحل الواقع أن طبيا نزع بعض غدد من شاب برضاه مقابل مبلغ من المال ولفح بها عجموزا ، نقض يراعة الطبيب بناء على عدم حصول ضرر للشاب .
راجع مقالا في هذا الموضوع للأستاذ سيمون البلجيكي في المجلة البلجيكية لقانون العقوبات سنة ١٩٣٣ م ٤٥٧ وهو يرى جواز ذلك ما لم يكن مخالفا لواجب اجتماعي على الشاب أو وسيلة لكسب المال كما هي الحال هنا .

(١) الواقع أن جراحة التجميل ليست حديثة العهد بالمعركة فقد كانت لها تطبيقات منذ القدم ولكنها أخفت بعد الحرب العظمى شكلا متظلا بحيث أصبحت لها أصولها وقوانينها (راجع في تاريخ جراحة التجميل وتطورها من ١٠٣ من رسالة ريغير « Riegiert : La notion de préjudice esthétique » .

اتمت وأخرى منتفجة انبسطت وهذا ثلثى ما بطارفع وذلك خذ مره دل استوى .
ولقد نشأ مع هذه الجراحة الجديدة بطبيعة الحال باب آخر لمسئوليات جديدة
وأصبح من مهمة المحاكم أن تنظر في مسؤولية الطبيب الذى يجارى التطور وبمثل
وفقاً لأهواء الحياة المصرية .

ولقد كان القضاء الفرنسى فى البداية ينظر إلى جراحة التجميل على أنها مجرد
وسيلة لارضاء شهوة الدلال عند النساء ومن ثم كانت روحه ازاءها مشبعة لا بالشك
والريبة فحسب بل بالسخط والكراهية أيضاً حتى أن محكمة استئناف باريس
فى ١٩١٣/١/٢٢^(١) اعتبرت مجرد الإقدام على علاج لا يقصد به إلا تجميل من
أجرى له خطأ فى ذاته يتحمل الطبيب بسببه كل الأضرار التى تنشأ عن العلاج ،
وليس بنى شأن أن يكون العلاج قد أجرى طبقاً لقواعد العلم والفن الصحيحين ؛
والذى حدث فى تلك الدعوى أن فتاة كانت تشكو من شعرات تنمو فى ذقن
مقصدت أحد الأطباء لينقذها من هذا البلاء الدائم فاجلبها بالأشعة وزالت الشعرات
ولكن تخلف عن العلاج مرض جلدى قبيح ؛ وقرر الخبراء أن الطبيب لم يقصر
فى شئ وأنه اتبع الأوضاع والقواعد الفنية المقررة وسار بمنتهى الاحتياط والفتنة
ولا يمكن أن ينسب إليه خطأ فنى ، ومع ذلك قضت المحكمة بأنه مسئول ، وبنت
هذه المسؤولية على أنه باشر علاجاً خطراً من غير أن تضطره إلى ذلك حاجة إلى
شفاء مرض بل لمجرد إزالة عيب طبيعى لا خطر منه على صحة الفتاة أو حياتها ،
وأنه فى هذه الحالة لا فائدة العلم ولا مصلحة للمريضة تبرر تمريرها ، إن لم يكن
خطر الموت فعلى الأقل لأن يصير العيب فيها عاهة حقيقية .

ولقد اضطرر القضاء الفرنسى فى هذا المعنى مؤيداً من محكمة النقض^(٢) ، إلى

(١) باريس ١٩١٣/١/٢٢ دالوز ١٩١٩-٢-٧٣ وتعليق دينيس .

(٢) قض ١٩٢٠/١١/٢٩ سهرى ١٩٢١-١-١١٩ ، ليون ١٩١٣/٦/٢٧ .

جارت باليه ١٩١٣-٢-٥٠ ودالوز ١٩١٤-٢-٧٣ وتعليق لالو .

أن صدر حكم محكمة السين في ١٩٢٩/٢/٥^(١) في قضية تلخص ظروفها في أن الدكتور دوجاريه أجرى عملية جراحية لسيده بقصد إصلاح شكل ساقها ، ولم يقع منه أى خطأ ولكن تسبب عن العملية غفيرة انتهت بقتل الساق . والمحكمة مع تقديرها لكفاءة الدكتور دوجاريه وإقرارها بأنه عالج الجنى عليها من غير أجر قضت بأن مجرد إقدامه على إجراء عملية خطيرة على عضو سليم بقصد إصلاح شكله ودون أن تدعو إلى ذلك ضرورة لشفاء الجنى عليها من مرض أو لفائدة تعود على صحتها ، يعتبر في حد ذاته خطأ يستوجب مسؤوليته ، وأن هذا الخطأ يستفاد من القواعد العامة بغض النظر عن الاعتبارات الطبية ، وبغير حاجة للاستعانة بمعلومات أهل الفن إذ ليس بذى شأن أن يكون الطبيب قد ارتكب خطأ فنيا في مباشرة العملية بل إن ثبوت عدم وقوع مثل هذا الخطأ يؤكد خطورة العملية في ذاتها وقد أدت إلى بتر ساق المريضة بعد أن عرضتها للموت رغم اتخاذ الاحتياطات واتباع قواعد الفن .

وقد أثار هذا الحكم احتجاجا شديداً في الأوساط الطبية وعلى صفحات الجرائد^(٢) لأنه يقضى قضاء مبرما على جراحة التجميل رغم ما تسديه للإنسانية من جليل الخدمات .

(١) سين ١٩٢٩/٢/٢٥ جازيت باليه ١٩٢٩-١-٤٢٤ وتعليق بير في سيرى ١٩٣١-٢-١٢٩ وهو يتخذ الحكم ، وتعليق جان لو في دالوز ١٩٣١-٢-١٤١ .

(٢) من ذلك ما قرره الدكتور Frumusan : « Dans la thérapeutique esthétique la responsabilité s'aggrave. Le médecin ne devient pas seulement responsable s'il échoue; selon la jurisprudence à laquelle nous faisons allusion il a même tort d'agir. Répondre à l'appel d'une détresse par difformité physique, tenter de redresser une injustice de la nature qui souvent a des conséquences pires que la maladie la plus grave, c'est commettre un délit. La Société par la voie de ses juges vous désarme. Désormais on est irrémédiablement condamné à vivre avec ses tares, on est marqué pour la vie. On doit enregistrer les progrès de la science sans espoir d'en bénéficier; car de l'avis des magistrats on peut vivre avec ses difformités parce qu'elles ne mettent pas la vie en danger. »

لذلك فإن شابة الجراحين — لما استأنف الدكتور دوجاريه الحكم تدخلت في الدعوى وطلبت النفاء الحكم المستأنف بدعوى أن الجراح لا يرتكب أية خطأ إذا قرر إجراء عملية في ظروف تميز إجراءاتها من الناحية الفنية .

والحكمة^(١) بعد أن رفضت تدخل النقابة في الدعوى أبدت الحكم الابتدائي ولكنها قررت أنه لا يصح للمحاكم أن تقضى بمسئولية الجراح إلا إذا تقدم إليها الدليل على وجود خطأ معين نشأ عنه الضرر مباشرة وذلك مهما كان نوع العملية التي أجريت ومهما كان الفرض الذي قصد منها . ولا يعتبر خطأ مرتباً للمسئولية مجرد قيام الجراح بإجراء عملية قد تعرض للخطر الحقيقي الشديد عضواً سليماً وذلك بقصد تعديله ودون أن يكون من وراء هذه العملية أية فائدة خاصة لمصلحة من أجريت له ؛ ولكن في مثل هذه الحالة وما دام أن كل ما هو مطلوب بالعملية هو إزالة أو تخفيف عاهة جسمية ، فيجب أن توضح للشخص أخطار العملية توضحاً دقيقاً ، وتؤخذ موافقته على إجرائها وهو عالم بكل ما تنطوي عليه من أخطار . فإذا أهمل الجراح في تنبيه المريض إلى أخطار العملية ارتكب خطأ موجباً لمسئوليته^(٢) .

وإذا كانت محكمة استئناف باريس قد أبدت الحكم الابتدائي من حيث النتيجة التي انتهى إليها إلا أنها خالفت من حيث المبدأ فأخذت جراحة التجميل من ذلك العداء المستحكم الذي نصبه القضاء لها .

== Parce que de temps en temps une complication se présente, très rarement d'ailleurs, puisque l'accident opératoire est à présent la grande exception doit-on clore à jamais un des chapitres les plus consolateurs et les plus bienfaisants de la médecine? »

راجع أيضاً ما جاء في جريدة الفيجارو وقد قاله تورب في مرافقته ، القضايا الكبرى المصرية سنة ١٩٣١ ص ٣٦١ .

(١) باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ سيري ١٩٣١-٢-١١٩ ودالوز الأسبوعي ١٩٣١-.

٢٥٩ ودالوز ١٩٣١-٢-١٤١ .

(٢) راجع في انتقاد الحكم يرو في سيري ١٩٣١-٢-١٢٩ .

حقاً إن المحكمة تأثرت بملاحظات الدعوى وانتهت إلى الحكم على الطبيب بالمسئولية ولكن ذلك لم يمنحها من أن تنزه الفرصة فتضع مبدأ مشروعية جراحة التججيل وتقرر — خلافاً لما جرى عليه القضاء — أن مجرد إجراء عملية تجميل لا يعتبر بذاته خطأ موجباً للمسئولية حتى إذا كانت العملية تنطوي على خطر حقيقى على جسم المريض .

ومهما قيل فى الخط من أهمية هذا الحكم باعتبار أن المبدأ الذى قرره لم يكن ذا أثر حاسم فى النتيجة التى انتهى إليها فإنه يبرر من غير شك عن بدء تحول فى قضاء المحاكم الفرنسية حتى أن محكمة ليون للمدنية فى ١٩٣٦/١/٣^(١) لما أرادت الرجوع إلى المبدأ الذى نبذه حكم باريس فى ١٩٣١/٣/١٢ أننى حكما أمام محكمة الاستئناف^(٢) التى قررت أن تقدير عدم التناسب بين أخطار العلاج وفوائده أمر مرجعه إلى ظروف كل حالة على حدة وأن القول بأن مخاطر العلاج ، مهما قلت ومما اتخذ من احتياطات لتلافيتها لا يمكن أن تتناسب مع الفائدة التى ترجى منه إذا لم تكن غايته شفاء المريض من علة حقيقية ، هذا القول يخلق قرينة لا أساس لها بمسئولية من يباشرون جراحة التججيل .

وبهذا الحكم يمكننا أن نقول إن جراحة التججيل قد تحقق لها الاتصاف على هذه الروح التى ناصبتها العداء منذ فجر نشأتها — وإذا كنا لا زلنا نسع من البعض القول بوجوب اعتبار التزام الجراح فى هذا النوع من الجراحة التزاماً بنتيجة^(٣) ، بحيث يسأل الجراح عند فشل العملية ما لم ينف علاقة السببية بين

(١) ليون ١٩٣٦/١/٣ دالوز ١٩٣٦-١-١٢٧ ، والمحكمة اعتبرت مجرد إقصاء الطبيب على علاج سيدة بالأشعة لإزالة ما فى سيقانها من شر خطأ موجباً لمسئولية لا هناك من عدم تناسب بين أخطار العلاج بالأشعة والفائدة التى كانت ترجى منه ؛ وأضافت بأن إقدام الطبيب على علاج كهذا فيه خروج على أغراض المهنة التى تنصرف فى المحافظة على صحة الناس وسلامة أبدانهم .

(٢) ليون فى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ سيري ١٩٣٦-٢-٢٣٤ وجازت به ١٩٣٦ ، ٢-٤٢٨ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٦-٤٦٥ وليون فى ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ ديلو ص ١١٧ .

(٣) بودران — جراحة التججيل مذكور فى ساناتيه بند ٧٧٥ .

ضله والضرر الحادث فليس في ترديد هذا القول سوى الخلفات الأخيرة تلك الروح البالية التي كانت تريد القضاء على جراحة التجميل ، فإن التطور أقوى من البشر وجراحة التجميل سائرة إلى تحقيق الغايات السامية التي تهدف إليها حتى بات الإنسان مديناً بسعادته إليها بقدر ما هو مدين بحياته إلى الجراحة العادية . وإذا كانت جراحة التجميل قد أصبحت من فروع الجراحة لها تعاليمها ولها أصولها^(١) ، فليس ثمة ما يبرر إخراجها من حكم القواعد العامة^(٢) .

(١) يقول الدكتور Duouing الضحايا الكبرى المصرية سنة ١٩٣١ في مرافعة نورب من La chirurgie esthétique est une branche de la chirurgie; elle a, ٣٦٠ ses écoles ses règles, ses maîtres, ses écrits.

Réparer les imperfections du corps humain quelle que soit leur origine, même lorsque ces imperfections ne sont pas disgracieuses, augmenter de ce fait la beauté, l'attrait, les qualités du cœur, la capacité ouvrière, en un mot la valeur morale et sociale d'un individu, tel est le noble but de la chirurgie esthétique,

(٢) دوندودي فاير — النشرة الطبية المصرية سنة ١٩٣٩ ص ٤٤٣ ؟؟ فولزبته من ١٤٠ ؟؟ ديفلو من ١١٠ ؟؟ نيجر من ١١٤ ؟؟ خاصة من ١٢٢ و ١٢١ ، لا كاس بند ١٦٦ و ١٦٥ ، بيتل من ١٦٩ ؟؟ خاصة من ١٧٨ ، مارجريت رينجير من ١١٨ .

وراجع أيضاً حكم الفريضة الإسلامية في هذه المسألة في مقال الدكتور أحمد محمد إبراهيم في مجلة الأزهر المجلد ١٩ ص ٩٠٦ تحت عنوان مسئولية الأطباء . وهو يقول إنه من الواضح أن جراحة التجميل مباحة لدى جمهور فقهاء الفريضة ما دام أساس الإعفاء من السقوية هو رضاه الشخص المعالج .

وفي موضع آخر يقول (ص ٩٠٧) : وليس القول بمجواز إزالة السب الخلق غافلاً لأحكام الفريضة بل على العكس فإنها إن لم تكن توجب فهي لا تحرمه ، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن حبس السيوف الحقيقية تمنع من انقضاء الإمامة وهذا يوجب بأن الواجب إزالة هذه السيوف متى كان ذلك ممكناً . قال هؤلاء الفقهاء : — إنه يمنع من انقضاء الإمامة ما شأن وما قبح ولم يؤثر في عمل ولا نهضة كجديد الأتف وسمل إحدى العينين . . . فالإمامة منه تكون شرطاً معتبراً في عهدها ليسلم ولأن الله من شين يباب وهن يزرى تظلل به الهيئة ، وفي قلتها هود عن الطاعة وما أدى إلى هذا فهو قص في حقوق الأمة » . الأحكام السلطانية للملوك ص ١٨ .

وقد عرض الأستاذ الشيخ عبد العزيز المرغني في مقاله عن مسئولية الأطباء (مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٤٠٩ ؟؟) لموضوع جراحة التجميل فقرر أن الفقهاء وإن لم يعرفوا جراحة التجميل بالمعنى الواسع التي عرفها المحدثون فقد عرفوا بعضها ونصوا على حكمه . فقد ذكر الفقهاء في كتاب السكرية حكم اتخاذ الأيمن الذهب ورووا في ذلك حديثاً « أن عرفة =

حقاً قد يمتنع بأن القواعد العامة تستلزم أن يكون تدخل الجراح مقصوداً به تحقيق غرض علاجي ، وليس في إصلاح ما بالإنسان من تشوية جسدي علاج له من أي مرض ^(١) . وحتى يكون هذا الاعتراض حاسماً لا بد أن يثبت فضلاً أن جراحة التججيل لا تبأثر أغراضاً علاجية . ولكن التشوهات البدنية لها أثرها في نفسية الشخص ومن ثم في صحته فكيف نحرم على الجراح أن يعالج الشخص مما يشعر به من ألم في حياته الاجتماعية بينما ينبع له التدخل لشفائه من أي ألم جسدي مهما كان تافهاً . والواقع أن فكرة المرض اتسمت مع تقدم الطب فلم تعد مهمة الطبيب قاصرة على علاج الاعتلال الجسدي الذي قد يصيب الفرد بل أصبح من واجبه أن يعالج كل حالة نفسية قد يكون لها انعكاس على صحته أو سلامة أعضائه ^(٢) ، ولنا في مشوهي الحرب ممن اضطرت بعض الدول إلى إخفاتهم في

لأن سعد أصيب أخته يوم الكلاب فأذن فأمره النبي (س) أن يخذلها من ذنب « والفقهاء جميعاً في إجازة هذا النوع من الجراحة .

وقد عرض الفقهاء لنوع من جراحة التججيل أيضاً وهو قطع الأصبع الزائدة في الظهيرة « إذا أراد الرجل أن يقطع أصباً زائدة أو شيئاً آخر قال نصير رحمه الله : إن كان الغالب على من قطع مثل ذلك الهلاك فإنه لا يفعل ، وإن كان الغالب هو النجاة فهو فيسعة من ذلك . وفي خزانة المفتين : من له سلمة زائدة يريد قطعها لأن كان الغالب الهلاك فلا يفعل وإلا فلا بأس به » . ومن هذه المبادئ يمكن القول بأن الفقهاء قد عرفوا هذا النوع من الجراحة وتكلموا عليه من ناحية جوازها أو كراهيتها على أساس غلبة الهلاك أو النجاة .

والطبيب على أساس إباحة العمل ورضاء من يريد التججيل لا يسأل متى كان عمله موافقاً لما رآه الأطباء وأهل الذكر في أمثال هذه العمليات .

(١) جارسون — الفترة الطبية الفرعية سنة ١٩٣١ ص ٧١٧ و ٧١٨ ، تطبيقاً على تقرير دوندويدي فابر وزملائه المقدم لمؤتمر الطب الفرعي السادس عشر برئاسة الدكتور بول . ومع ذلك لم يستطع جارسون أن يشفى مع منطله إلى النهاية فاضطر إلى إبداء بعض التفضطات بالنسبة لحالات تدخل من غير شك في جراحة التججيل .

أنظر رد «Davoire» عليه ص ٧١٩ .

(٢) وتأييداً لهذا المعنى جاء في حكم ليون ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٦ — ٤٦٥ ما يأتي :—

Attendu que la notion de maladie telle que semble avoir entendue les premiers juges parait à ce point de vue particulièrement étroite; Attendu que certaines anomalies physiques qui n'altèrent pas la santé de—

أسكنة خاصة حتى لا يؤذى الجمهور منظرم للروع ويث فيهم فلك روح السخط على الأنظمة والبلبن عن الدفاع عن الأوطان ، لنا في هؤلاء خير مبرر لوضع هذا النوع من الجراحة في نفس مستوى الجراحة العادية .

قد يسترض من ناحية أخرى بأن القواعد العامة تستلزم أن يكون هناك تناسب بين خطر المرض وخطر العلاج ، وأن تطبيق هذا المبدأ يستلزم جراحة التجميل ، لأن المفروض أن التشوية المراد إصلاحه لا يمرض حياة الإنسان لخطر ما . ومهما يكن من شأن هذا الاعتراض فليس له في نظرنا من أثر أكثر من تضيق دائرة جراحة التجميل إلى الحد الذي لا يتعرض فيها المريض لأخطار لا تبررها حالته ^(١) . أما القول بأن جراحة التجميل تعرض الشخص في جميع الأحوال إلى أخطار ليس لها ما يبررها فهو قول يلتقي على عواهنه إذ المرجع في تقدير التناسب بين أخطار العلاج وفوائده — كما قررت محكمة استئناف ليون في ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ —

== ceux qui en sont frappés sont susceptibles d'avoir une grande influence sur la vie sociale, sur leur état mental; qu'il est possible qu'une intervention chirurgicale, pour n'être pas imposée par un besoin physique se justifie néanmoins même si elle n'est pas exempte de tous risques, par un besoin moral, qu'elle reste le seul remède capable de mettre fin à un état morbide de l'esprit aussi dommageable à celui qui l'éprouve que l'infirmité de son corps... »

راجع أيضا هنري ديواني دالوز ١٩٢٦-٩-٢ أنظر ١٢ ، هنري بلران في مسئولية الجراحين في عمليات التجميل — رسالة سنة ١٩٣٢ ، مازوج ٢ بند ٥١١ ص ٥٥٥ و ٥٥٦ ، بيرو تليفيا على باريس ١٩١٣/١/٢٢ سيري ١٩/١٨-٢-١٩٧٢ ، نجر ص ١١٥ ؟؟ لاكس بند ١٦٤ و ١٦٥ ، دارتيج مذكور في مارجريت ريجير ص ١١٥ الفقرة الأخيرة دونديوي فابر النفرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٤٣ وهو يقول :

Mais certains juristes ont voulu soutenir que la simple imperfection physique n'était pas une maladie, qu'elle échappait donc à la médecine. Ce dernier argument manque de solidité parce qu'il est bien difficile de préciser où s'arrête la maladie et où commence l'imperfection physique.

(١) أنفريه جاك — المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٦٢ ؟؟ ديجوج ٢ بند ٨٠٣ والمجلة الفصلية سنة ١٩٠٧ ص ١٠٦ و سنة ١٩٠٨ ص ٧٣٤ ، ريبير القاضية الخفية بند ٢٥ و ٢٤ ، بلاتول واسمان ٦ بند ٢٤٢ ، مازوج ٢ بند ١٤٩٣ ، لالو بند ٧٦٨ .

إلى ظروف كل حالة على حدة ، وهذا يدعونا إلى عدم الخلط بين تلك الحالات التي يكون فيها التشويه شديداً لدرجة تصبح معها حياة من يشكو منه عبثاً قديفها إلى طلب التخلص منها ، وبين تلك الحالات التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها مجرد إصلاح ما أفسله الدهر من جمال يحاول التثبت بالبقاء ضد إرادة الزمن وحكم الطبيعة^(١) .

في النوع الأول من الحالات تكون حرية الطيب واسعة في اختبار وسائل العلاج التي يراها مناسبة^(٢) ولا غرو فإذا كان حرمان الشخص من استعمال عضو من أعضائه يبرر تدخل الطيب فمن باب أولى يكون تدخل الطيب مبرراً إذا كان التشويه جسدياً بحيث يحرمه من حقه الطبيعي في الزواج أو يوصله أمامه أبواب الرزق أو يحمله محلاً لسخرية الناس واستهزائهم مما يعرضه للنور وستانيا والاضطرابات العصبية^(٣) .

في مثل هذه الحالات لا تكون إزالة التشويه غرضاً مقصوداً لذاته بل وسيلة لوقاية صحة المريض النفسية ، ومن ثم هي تبرر استعمال وسائل لا تخلو من بعض المخاطر ما دامت هذه المخاطر تتطلبها حالته . فالقانون علم إجتماعي وعليه

(١) مازان ص ١٢٣ ، فوزنيه ص ١٤١ .

(٢) بيرو تعليقاً على باريس ١٩١٣/١/٢٢ سبى ١٩١٩/١٨-٢-٩٧ .

(٣) مازان ص ١٢٢ ، مارجريت ريجير ص ١١٦ ، فيلى ص ١٠٥ ، سانتييه ج ٢ بند ٧٨٦ ص ٤٠٥ ، ملزوجة ١ بند ٥١١ ص ٥٥٦ .
قرب بلينو مذكور في رسالة مارجريت ريجير ص ١١٤ و ١١٥ ، وهو يرى أن جراحة التجميل لها دائماً ما يبرها ، فمن الناحية الاجتماعية هي تدلل القبات التي قد تفتش الشخص في اكتساب رزقه ومن الناحية المعنوية هي تخفف عنه ما قد يشعر به من ألم من جراء ما به من تشويه ، وهو يختم كلامه بقوله :

Il faut s'élever contre l'affirmation que dans le domaine de la médecine n'entrent que la maladie et son traitement. Le praticien a un autre rôle; à côté de celui de donner des soins purement matériels, il a un rôle moral que l'on aurait grand tort de passer sous silence, et pour le remplir il a le droit d'utiliser les moyens physiques et psychiques appropriés, pour améliorer la valeur psychique et partant, la valeur physique générale d'un individu. Or la chirurgie esthétique a fait partie intégrante de ces moyens physiques et psychiques.

أن يرمى ضرورات الحياة ، فكل الأفراد ضعفاء أمام الألم الجسدى والنفسانى وأحياناً لا يستطيعون الاستمرار فى تحمله بل يفضلون الموت على البقاء فى أحضان الألم . إنما يجب على الطبيب أن يثبت أن المريض كان ضللاً فى حالة تدهور نفسانى شديد وأنه لم تكن هناك وسيلة أخرى لمعالجه غير إزالة التشويه بالطريقة التى اتبناها .^(١)

أما فى النوع الثانى من الحالات فلا يكون تدخل الطبيب مبرراً إلا إذا كانت وسيلته فى إزالة التشويه الجسدى لا تنطوى ، بحسب السير الطبيعى للأمور على خطر ما على حياة المريض أو سلامة أعضائه^(٢) ؛ أما إذا أقدم على عملية لا تتناسب مخاطرها مع ما قد يناله الشخص من فائدة فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التى تحيق به حتى إذا كان قد حصل على رضائه مقدماً وحتى إذا قام بها طبقاً لقواعد الفن الصحيحة .

ولما لنجد فى لغة الأحكام الفرنسية ما يشف عن وجود هذه التفرقة فى نظر القضاء ، من ذلك أن محكمة استئناف باريس فى ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ وهى فى معرض التدليل على مسئولية الطبيب قالت إنه لم يدفع بأن الجنى عليها كانت فى حالة تدهور نفسى شبه مرضى ، وهو ما كان يبرر الى حد ما تدخله^(٣) . وهذا الحكم وإن انتهى إلى إلزام الطبيب بالمسئولية إلا أنه يشعر بأنه كان لينفى عنه المسئولية لو كانت الجنى عليها فى حالة تدهور نفسى يبرر تعريضها لمخاطر العلاج . ولقد كانت محكمة استئناف ليون أسرع فى الأخذ بالتفرقة التى نادى بها ،

(١) سانتييه ج ٢ بند ٧٨٦ ص ٤٠٥ .

(٢) قرب مازو ج ١ بند ٥١١ ص ٥٥٥ ، وسانتييه بند ٧٨٦ .

ولتقدير مخاطر العلاج لابد من إحصائيات دقيقة وعلى نطاق واسع ويجب بوجه عام ألا يستعمل الطبيب فى جراحة التجميل إلا الوسائل التى دلت التجربة على صلاحيتها وبدعها عن تعريض المريض للخطر . والبيارات التى تقتناها عن الظهيرة والمتنن واضحة فى أن الفقهاء جعلوا جواز جراحة التجميل منوطاً بنجدة الملاك أو النجاة فى العملية المراد إجرائها .

(٣) باريس ١٩١٣/١/٢٢ سبرى ١٩١٩/١٨-٢-١٩١٩ وعلق بيرو .

عكس سين ١٩٢٩/٢/٢٥ جازيت باليه ١٩٢٩-١-٢٤ ، وليون ١٩٣٦/١/٣ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦-١٢٧ . وكلا الحكمين قد ألقى فى الاستئناف .

إذ قضت بحكمها الصادر في ٢٢ مايو سنة ١٩٣٦ بأن لا مسئولية على الجراح في قيامه بعملية تجميل إذا كانت العملية هي الوسيلة الوحيدة في علاج امرأة من حالة تدهور نفساني شديد^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة ليون نفسها في ١٧ مارس سنة ١٩٣٧^(٢) بأن الطبيب الذي يجري إزالة الشعر من جسم سيدة بواسطة العلاج الكهربائي متى لم يقع منه تقصير في العلاج ، لا يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة مادام هناك تناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج الكهربائي .

بقي شرط واحد تفرضه القواعد العامة حتى يكون الطبيب بمأمن من كل مسئولية وهو وجوب أخذ رضاء المريض بالعلاج . وهذا الرضاء لا يكون صحيحاً إلا إذا كان عن بينة واختيار ومن ثم هو يفترض أن يكون الطبيب قد أوضح للمريض المخاطر التي سيتعرض لها من وراء العلاج .

ولئن كان هذا الالتزام يقيد في الأحوال العادية بما تفرضه الضرورة^(٣) أو ما توجبه مصلحة المريض من عدم إحاطته بتفصيلات عن حالته ، قد تهبط بروحه المعنوية وتضيق بذلك عنصرأ من أهم العناصر لنجاح العلاج ، فإنه في جراحة التجميل ليس ثمة ما يقيد هذا الالتزام ، إذ المفروض أن تدخل الجراح لا تدعو إليه أية ضرورة عاجلة ؛ لذلك تشددت المحاكم في وجوب تنبيه المريض إلى النتائج المحتملة لتدخله الجراحي حتى يكون على بينة من المخاطر التي يتعرض لها وهو في معرض الموازنة بين مخاطر العملية والفائدة التي يرجوها من ورائها^(٤).

ويتجه الفقه العالي إلى إقرار جراحة التجميل والاعتراف بما لها من أثر في

(١) ليون ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ سبزي ١٩٣٦-٢-٢٣٤ .

(٢) ليون ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ في ديبلو ص ١١٧ .

(٣) سبزي أمر الضرورة في وجوب أخذ رضاء المريض بالعلاج .

(٤) باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ سبزي ١٩٣١-٢-١٢٩ ودالوز سنة ١٩٣١

٢-١٤١ ودالوز الأسبوعي ١٩٣١-٢٥٩ ، سين ١٦ يناير سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي

١٩٣٨ ملخص ٩١ .

الحياة الاجتماعية . ففى ألمانيا يستبر القهاء جراحة التجميل أمراً مشروعاً لأنها تلائم
الغايات التى ترميها الدولة^(١) . وفى بلجيكا يرى الققه لإباحتها ما لم تمنع من أداء
واجب اجتماعي كما فى حالة الأم أو الزوجة المنتظر حملها تستأصل جزءاً من ثديها
لتعديل قوامها فتطبل وظيفة الرضاع^(٢) .

أما فى مصر فقد عرض أمر جراحة التجميل على المحاكم فى قضية تلخص
ظروفها فى أن رجلاً يدعى عبد الحميد أفندى حمدي أصيب فى سنة ١٩١٤ ببطل
فى مؤخر عنقه . ولقد التأم البطل تاركاً مكانه أثر الالتحام « كلويد » طوله خمسة
سنتيمترات وعرضه نصف أو ثلاثة أرباع سنتيمتر جعل منظره مشوهاً ، ففكر فى
سنة ١٩٢٨ أن يعالج نفسه بمختبرات الطب الحديثة لتخفيف صلابة هذا الأثر
حتى يصبح أثر الالتحام رخواً ليناً متجانساً مع الجلد المجاور له ، ففرض نفسه على
الدكتور ميخائيل غازر طبيب الأمراض الجلدية بمستشفى القصر العيني وبعد أن
عاجله بطرق مختلفة ، أشار عليه بأن يعالج نفسه بأشعة اكس واختار له الدكتور
الفريد تادرس مقار طبيب الأشعة بالمستشفى القبطى ؛ وقد قام الدكتور بعلاجه
فى جلسات متقطعة أنا بنفسه وأنا بطريق التورمجي وانتهى الأمر أخيراً إلى تقيح
الجلد تحت تأثير الأشعة ونشأت فيه قرحة . ففرض المجنى عليه قضية على الدكتور
الفريد تادرس مقار ليطالبه بالتعويض عما لحقه من الضرر .

ولا يخفى أن للدعى وقت أن طلب من الدكتور مقار علاجه لم يكن
يشكو مرضاً أصلاً بل إن الندبة التى تخلفت فى قفاه وشوهد منظره كان يحملها
من سنة ١٩١٤ من غير أن تؤثر فى صحته أو تسبب له قبيحاً ، إنما رأى فى سنة
١٩٢٨ ، أى بعد أربعة عشر عاماً ، أن يستفيد من مختبرات الطب الحديثة فى
تليين هذه القطعة الصلبة التى استقرت فى مؤخرة عنقه حتى تصبح رخوة متجانسة
مع الجلد المجاور وهذا يدخل فى الواقع فى باب التجميل لا الاستشفاء .
وإذا كان الأمر كذلك ، فإنه مما يلفت النظر أن محكمة مصر بمحكمة الصاهر

(١) فون ليست ج ١ ص ٢٢٦ .

(٢) سيمون فى المجلة البلجيكية لقانون العقوبات سنة ١٩٢٣ ص ٤٥٧ .

في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٣^(١)، قد انتهت إلى رفض الدعوى للرفوعة على الطبيب فأقرت بذلك ضمناً مشروعية جراحة التجميل .

حقاً إن الحكم اتى في محكمة الاستئناف^(٢)، ولكن لم يكن الفاعل راجعاً إلى أن المحكمة رأت في جراحة التجميل علاجاً مشروعاً يوجب بذاته مسئولية الطبيب^(٣)، بل إنها تطرقت لبحث وقائع الدعوى واستخلصت منها أن إصابة الجنى عليه نشأت عن معالجته بأشعة اكس وأن الطبيب أخطأ في تجاوزة عدد جلسات العلاج التي تسمح بها الأصول العلمية .

والذى يبين لنا من هذين الحكمين أن القضاء المصرى — في تلك القضية الفريدة التي عرض أمرها عليه لم ير موجباً للفرقة بين جراحة التجميل والجراحة العادية بل أخضع الإثنين لقواعد واحدة .

رضاء المريض بالمعوج

وأينا الاعتبارات التي يتعمد على الطبيب مراعاتها في اختيار العلاج وهو لا يستطيع أن ينتقل من هذه المرحلة التحضيرية إلى مرحلة التنفيذ إلا إذا أخذ رضاء المريض بمباشرة العلاج على جسمه^(٤) .

(١) مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٣ في القضية رقم ٧٨٧ على سنة ١٩٣٢ .

(٢) س مصر ١٩٣٦/١/٢ علامة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ من ٧١٣ ومجموعة رسمية سنة

٣٧ رقم ٩٣ من ٢٦٠ .

(٣) رغم أن لسان حال الدفاع عن الجنى عليه دفع في المذكرة التي قدمها المحكمة الاستئناف بأن الدكتور مقرر لم يكن يباشر إلا علاجاً تجميلياً وأن قضاء المحاكم في فرنسا مضطرد على تشديد المسئولية على عاتق الطبيب الذى يباشر علاجاً لا تدعو إليه حاجة إلى شفاء مريض بل مجرد إزالة عيب طبيعى لا يخل منه على صحة المريض .

(٤) هنري دييوا تليفاً على سين في ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٦-٢-١٠ و٩-٢٠٠ ساهو من ٦٩ ؟؟ مازوج ٢ بند ١٤٩٣ هامش ٣ ، مانش من ١٦٢ ؟؟ لاكاس بند ٢٥١ ، بيل من ١٤٤ ، نيجر من ٩٨ ؟؟ ديفلو من ١١٦ ، بلاتش روديه من ٦٥ ، عرافين من ١٥٦ ، جاروج ٥ بند ١٩٨٥ ، بلاتول وامان ٥٢٦ ، جندي عبد الملك ج ٥ من ٨٣٣ ، ديجوج ٦٦ بند ١٨٠ ، دكلوز الحيدمصطفى وكامل مرسى من ٤٢٧ و٤٢٣ =

ولا يقصد بهذا الرضا مجرد الإيجاب الصالح من المريض للطبيب الذى كون
التقد بينهما بالتفاهة قبول الطبيب بل هو رضا خاص يتطلبه الثقة والتضاء من
المريض متى أراد الطبيب البدء بمباشرة العلاج .

ويشترط وجوب حصول الطبيب مقدماً على رضا المريض ، على أن المريض
إنسان حر له حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بنقض رضاه^(١) وكل
اعتداء على حرية المريض أو حقوقه على جسمه حتى إذا كان النافع إليه صالح
المريض يترتب مسؤولية على من ارتكبه متى كان فى استطاعته أن يحصل على
ذلك الرضاء .

يجب إذن أن يرتضى المريض العلاج الذى اختاره الطبيب دون أن يحتاج
على ذلك بأن الطبيب أقدر بحكم فنه وخبرته على معرفة ما هو فى صالح المريض ؛
فرضا المريض مظهر لحق مطلق على سلامة جسمه . ولكن هل هذا الرضاء
واجب فى جميع القروض ؟

== جاردنا وريشى ص ٣١٤ بند ٢٠٣ ، فالك المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٦٣٠ ، دكتور
الغلى تعليقات على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ ص ٣٢٥ و ٣٢٦ ، المشولية
الطبية دونديوى فاير النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤١٣ ؟؟ أنظر ص ٤١٩ ،
صافاتييه بند ٧٨٥ ، جارسونم ٦٤ بند ١٢٧ ، ملزان ص ١٢٨ ؟؟ على يدوى ص ٤١١ ،
جالوز ريتوار برايتك — المشولية المدنية رقم ٥٣١ .

وراجع فى اشتراط الإذن فى الشريعة الإسلامية حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٦ ، ومعين
الحكم ص ١٩٨ ، والمضى ج ١ ص ١٢١ ، والفرح الكبير ج ٦ ص ١٢٤ ، والمهذب ج ٢
ص ٣٠٦ ، والهادية والناية ج ٧ ص ٢٠٦ ، والشيخ عبد العزيز المراعى — مشولية الطبيب
مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢١٣ .

وقرن محمد على إلمام ص ٣٠٣ بند ١٢٤ .

(١) ملزان ص ١٢٩ و ١٣٠ ، جوتوفى بروم ص ١١٤ ، بلانيول وإسمان ج ٦ بند
٥٢٦ ، وهيرتز — الرضاء بالسليات ص ٧ وهو يقول :
Le consentement exigé pour légitimer l'acte opératoire est un hommage rendu à la dignité de la
personne humaine.

٢٠ (أ ب)

يجب التفرقة بين حالتين :-

أولاً - إذا كان المريض في حالة تسمح له بإعطائه رضاه صحيح

وفي هذه الحالة رغم الخلاف الذي قام بين أنصار للذهب الفردى ومؤيدى حق العلاج الذين يستندون إلى اعتبارات ميتافيزيكية واجتماعية^(١) ، فإن قضاء المحاكم مستقر على وجوب أخذ رضاه المريض بالعلاج قبل مباشرته^(٢).

Geraud Laborde Lacoste. Le rôle de la volonté du médecin et (١) du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale. Revue générale du droit. 1926 P.129&133&193&252.

جان لويس فور مذكور في نيجر ص ١٠٣ وفي تطبيق جانلو في دالوز ١٩٣١-٢-١٤١١ ، دوندوبدي فاير ودي فوار - بعض ملاحظات على الحق في التدخل الجراحي النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ٧٢٥ ، يروس ١١٨ ؟؟ وهو يرى أن إلزام الطبيب بأخذ رضاه المريض هو تحكم من القضاء لا سند له من القانون ؛ ولقد فاته أن اضطراب قضاء المحاكم في معنى معين ينشأ عن بنائه القاعدة القانونية التي يتحكم إحترامها . وتمشى بروم منطلقه فلا يرى أن الطبيب يخطئ بمجرد أنه لم يأخذ رضاه المريض في استعمال البنج ص ١٥٦ أو الأشعة ص ١٦٤ . راجع أيضاً - النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٠٢ ص ٣٦٤ وقد جاء فيها أن مؤتمر المحامين ، المنتقد في ٨ مارس سنة ١٩٠٢ قرر عدم مسؤولية الطبيب لمجرد تجاوزه عن أخذ رضاه المريض في عملية أجهارها .

ومحمد علي إمام ص ٣٠٣ إذ قال في معرض شرحه لفكرة المسؤولية المهنية بند ١٢٤

Le professionnel doit non seulement éclairer le client et lui indiquer le chemin qu'il doit suivre, mais aussi sauvegarder par une collaboration étroite les intérêts de celui-ci. Il est plus qu'un simple conseiller; il doit faire ce qu'il croit être utile aux intérêts de son client; et cela au besoin parfois contre la volonté de celui-ci.

Lamier. Du droit du malade au refus d'un traitement. Thèse P.25 et suivantes. وهو يرى أن من حق الجراح أن يجري العملية التي يراها لازمة للمريض حتى رغم إرادته .

(١) جنابات الأسكندرية ١٩٤١/٢/٢٥ في القضية رقم ٢٣٤٠ الصادر سنة ١٩٣٨ ضد الدكتور حسن رفيق الفرياني وآخر ، ليحج ١٨٨٩/١١/٢٧ سبى ١٨٩٥-٢-٢٣٧ ودالوز ٢٨١-٢-٢٨١ ، ليحج ١٨٩٠/٧/٣٠ سبى ١٨٩٥-٢-٢٣٧ ودالوز ٢٨١-٢-٢٨١ ، الجزائر: ١٨٩٣/١١/٤ سبى ١٨٩٥-٢-٢٣٧ ، الجزائر ١٨٩٤/٣/١٧ سبى ١٨٩٥-٢-٢٨١ ، شاتوتيري ١٩٠٥/٦/٧ سبى ١٨٩٥-٢-٢٣٧ ، الجزائر ١٨٩٥/١١/٩ سبى ١٩٠٩-٢-٣٢١ ، شاتوتيري ١٩٠٥/٦/٧ سبى ١٩٠٩-٢-٢٣٧ ودالوز ١٩٠٥-٢-٣٢١

ومن باب أولى لا يستطيع الطبيب أن يفرض إرادته على المريض إذا هو رفض العلاج . فالطبيب الذى لا يحترم رغبة مريض قلدر على تقدير ظروفه ويمجرى له علاجاً رغم إرادته يتبرحطاً^(١) ، اللهم إلا إذا كان القانون يعطيه هذا الحق ، كما هى الحال بالنسبة للمرضى من رجال الجيش فإنهم بانخراطهم فى سلك الجندية يفقدون ما لهم من حقوق على أجسامهم بحيث يصبح رضام غير لازم فيما تتطلبه حالتهم من أنواع العلاج . فالحرية الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة التى توجب المحافظة على القيمة الاجتماعية لجنود الوطن^(٢) .

— ٤١-٥٠ ، نيس ١٩٠٥/٦/٢٣ سبتمبر ١٩٠٩-٢-٣٢١ ، أميان ١٩٠٦/٢/١٤ سبتمبر ١٩٠٩-٢-٢٢٥ ودالوز ١٩٠٧-٢-٤٤ ، أكرس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ ، باريس ١٩١٣/١/٢٢ سبتمبر ١٩١٨-٢-٩٧ ودالوز ١٩١٩-٢-٧٣ ، باريس ١٩٢٣/٦/٢٨ دالوز ١٩٢٤-٢-١١٦ ، باريس ١٩٢٤/١١/٢٠ G. P. ١٩٢٥-١-١٦٦ ، لاينون ١٩٣٢/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٣-١-٣٣٩ ، باريس ١٩٣٣/٣/١٢ سبتمبر ١٩٣١-٢-١٢٩ ودالوز ١٩٣١-٢-٤٤١ ، نفس ١٩٣٣/٣/١٢ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣-٥٣٧ سبتمبر ١٩٣٤-٢-١١ ، ليون ١٩٣٨/١/٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨-١-١١ ، نفس ١٩٣٨/١/٢٨ دالوز فى امتداد الأحكام ١٩٤٢ من ٦٣ ، نفس ١٩٢٠/١١/٢٩ سبتمبر ١٩٢١-١-١١٩ ودالوز ١٩٢٤-١-١٠٣ ، سين ١٩٢٩-٢-٢٧ ، سين ١٩٣٥-٢-٢٠٢ ، سين ١٩٢٠/١٢/١٤ دالوز ١٩٢١-٢-٢٧ ، يل إن محكمة باريس فى ١٩٣٦/٧/١٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦-٤٩٨ قضت بمسئولية طبيب طلب إليه أخذ صورة بالأشعة فأجرى على المريض ثلاثة اختبارات بالأشعة دون أن تدعو إلى ذلك ضرورة وتجاوز الحدود المرسومة له مما نشأت عنه قرحة وذلك رغم أنه لم ينسب إليه أى خطأ فى مباشرة العلاج .

(١) ديبرا فى التطبيق على سين ١٩٣٥/٥/١٦ دالوز ١٩٣٦-٢-٩ ، ١٠ ، ديفلو ١٩٢٦ ، عل بلوى من ٤١١ ، سافانييه بند ٧٨٥ .
فان محمد على إمام من ٣٠٣ بند ١٢٤ .

عكس *Lamier. Du droit du malade au refus d'un traitement, thèse P.25*

(٢) ملزأن من ١٣٦ و ١٣٧ ، بلانش-روديه من ٨٣ و ٨٤ .
فان نيجر من ٩٨ و ٩٩ ، دونديوى فاير وزملاءه — النفرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ الشؤلية الطبية من ٤٢٥ و ٤٢٦ خاصة رأى المجمع الطبى الطبى فى اجتماع ٩/١٩ سنة ١٩١٦ المشار إليه فى هذا المرجع ثم رد *Domello* على اعتراض *Costedoat* من ٧١٥ .
عكس *Costedoat* فى التطبيق على تحرير دونديوى فاير وزملاءه المقدم إلى المؤتمر الطبى فى السادس عشر برتبة الدكتور يول — النفرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ من ٤٤٢١

ويجب ألا يتجاوز إلى القدر أن الطبيب يكون من حقه أن يتدخل بغير رضا المريض إذا كان الشارع قد رأى أن يقيد من حريته في قبول العلاج ، كما لو فرض التطعيم الإجبارى لمقاومة وباء فلن مثل هذا الإجراء من الشارع ليس له من الأثر سوى تقييد المريض للجزاء الذى رتبته القانون إن هو خالفه^(١) .

ويرى ديلبت^(٢) أن الطبيب له أحياناً أن يجرى عملية رغم إرادة المريض إذا رأى أن فيها إختافاً لحياته بشرط ألا تتضمن هذه العملية بترعضاً من أعضائه ، إذ من حق كل فرد أن يفضل الموت على أن يعيش بعاقة مستديمة .

وإذا كانت حالة الضرورة هى التى سوغت في نظر ديلبت التجاوز عن رأى المريض فإنه لا يفهم كيف يحرم المريض من حقه الطبيعى في تقدير وجود ظرف الضرورة والموازنة بين أخطار المرض واحتمالات العلاج^(٣) ؛ على أننا نعتقد أن حالة الضرورة تجزئ ذلك تدخل الطبيب رغم إرادة المريض إذا ظهر أنه يريد الموت على الحياة ، ففي هذه الحالة يمكن القول بأن المريض قد حرى اختياره تحت تسلط الباعث الذى يدعو إلى الانتحار^(٤) .

والمسئولية التى رتبها الفقه والتضاء على عدم أخذ رضا المريض بالعلاج مستقلة تماماً عن المسئولية التى تنشأ بسبب الخطأ فيه ، فلا شك أن رضا المريض لا يرفع

(١) دونديوى فاير المرجع السابق ص ٤١٩ ، وانظر سافاتييه بند ٧٨٥ ص ٤٠٢ في الأحوال التى يقيد فيها حق المريض في قبول أو رفض تدخل الطبيب .

(٢) Delbet. Revue de Paris 1011. P.40 et suivantes. جان لوبس

فور مذكور في جان لو في دالوز ١٩٣١-٢-١٤١ .

فلون جارسون م ٦٤ بند ١٢٧ ، ولالو في دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ .

(٣) راجع سافاتييه بند ١٠٤ ص ١٣٢ .

(٤) ديوا دالوز ١٩٣٦-٢-١١ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٥ ص ٤٠٧ ، ديلو ص ١٢٨ ،

نيجر ١٠٣ .

فلون — الآراء المختلفة التى استعرضها دونديوى فاير وزملاؤه في النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ — المسئولية الطبية ص ٤٢٩ ؛ وتعليق فريروج بلان على تقريره المقدم إلى المؤتمر الطبى العلمى السادس عشر ص ٧١٥ و ٧١٦ من المرجع نفسه .

عن الطبيب المسئولة التي تنشأ عن خطئه في العلاج^(١) ، فهذه المسئولية ولزمتها عقدية إلا أنها جزءا على الإخلال بالالتزامات محلها سلامة جسم الإنسان فهي معتبرة من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على الاعفاء منها أو على تخفيفها^(٢) ، بل ولا يعتبر رضا المريض خطأ من جانبه يوجب اشتراكه في المسئولية إذ المفروض أن المريض لم يلتجئ إلى ذى الفن إلا ليستفيد من عمله ، ولا تثير عليه إن هو قبل رأيه ، مستمداً على خبرته الفنية وكفاءته في مهنته^(٣) .

وعدم رضا المريض بالعلاج مقدما يحمل الطبيب تبعه الخطأ الناشئة عن ذلك العلاج حتى إذا كان سلوكه لم تشبه من الخطأ شائبة^(٤) . وحجة الفقه والقضاء

(١) لاكاس بند ١٥١ ، مازو بند ١٤٩٣ ، الاتحاد السويسرى ١٧/٩/١٩٣٦ ق تطليقات إميل تيلى على القضاء السويسرى في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٩٠٢ ، ساهو ص ٧٣ ، راليه ص ٩٥ ، ملزآن ١٣١ ٤٤ ديلوس ١٢٤ ، نيجر ص ١٠٠ ، روديه ص ٦٧ ، ريبير - المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٨ ص ٢٠٠ .

فان باريس ١٧/٢٢/١٩١٣ سبى ١٨-٢-٩٧ وتطبيق يرو . وقد جاء في حيثيات الحكم « أن الجراح لم يثبت حتى أنه نه المريض إلى الأخطار التي يجرس لها » ولش بنا من هذه العبارة أن رضا المريض كان من شأنه لو ثبت ، أن يبنى الجراح من كل مسئولية ، فالواقع أن المحكمة لم تصمد منها إلا تطبيق مبدأ عام ثبت عليه القضاء وهو وجوب أخذ رضا المريض بالعلاج لا سيما إذا كان من شأنه تريضه لأخطار استثنائية ولا تحمل هو عاقل العلاج .

(٢) مازو بند ٢٥٢٩ هامش « ١ » .

(٣) ديوا في فالوز ١٩٣٦-٢-١٢ ، ريبير المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٨ ص ٢٠١ . أما إذا أصر المريض على علاج ، وأجبر الطبيب على مباشرته أيًا كانت النتيجة ومهما كانت خطورته ، فهنا يكون قد تم عن إجماع — إن لم يكن من شأنه بطيئة الحال في مسئولية الطبيب التي يصح أن يرفض تريض المريض لأخطار لا مبرر لها ، فهو إجماع يكتفى لإشراكه في المسئولية (مازو ج ٢ بند ١٤٩٨) .

راجع أيضاً حكم محكمة الاتحاد السويسرى في ١٧/٩/١٩٣٦ تطليقات إميل تيلى في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٩٠٢ وقد جاء فيه ... —

«Commet une faute professionnelle le médecin qui fait une injection contre indiquée et qui la fait de façon contraire au mode d'emploi normal du médicament.»

Les indications, voire les ordres du patient ne sauraient dispenser le médecin de pratiquer selon les règles de l'art.»

(١) ساهو ص ٧٣ ، راليه ص ٩٥ ، ملزآن ص ١٣٤ ٤٤ ساتافيه بند ٧٨٥ هيرتر —

في ذلك أن الطبيب قد أخطأ خطأ في عدم حصوله على رضا المريض فلاجاً أصبح عملاً غير مشروع تتوفر فيه عناصر الخطأ لغاياته بحيث إذا نشأ عنه أى ضرر للمريض تحققت أركان المسؤولية بالنسبة للطبيب .

وقد تشكك البعض^(١) في توفر علاقة السببية بين عدم أخذ رضا المريض بالعلاج والأضرار التي تنشأ عنه ، لأنه لو أخذ رضا المريض قبل مباشرة العلاج لما منع ذلك من وقوع الضرر ولما كانت هناك أية مسؤولية على الطبيب ، الذي راعى أصول الفن ولم يرتكب خطأ ما في مباشرة العلاج . فالمسألة من حيث صلة السببية للمادة واحدة في الحالتين .

ولعمري إن هذا الرأي الذي بنى على إنكار نظرية تعادل الأسباب لا يتماشى حتى مع نظرية السببية الفعالة^(٢) . فلا شك أن الخطأ الذي تحملها المريض ما كان ليتعرض لها لو لم يجره العلاج^(٣) ، وبمجرد إجراء العلاج بغير رضا كان من قبيل الخطأ ؛ ثم إن القول بعدم مسؤولية الطبيب عن إجرائه علاجاً بغير رضا المريض يفقد ما لقاعدة أخذ رضا المريض من أهمية ويهدم كل أثر قانوني لها^(٤) .

فخطأ العلاج يتحمل بها الطبيب أو المريض بحسب الأحوال ويكون لعدم أخذ رضا المريض بالعلاج من الأثر ما للاعذار من حيث هل تبعة الخطأ من عاتق الدائن إلى عاتق المدين^(٥) .

١- ص ٧ ، دفلو ١٢٦ ، نيجر ١٠٢ ، ديوا في دالوز ١٩٣٦-٢-٩ ، لاكس بند ١٥١ ، روديه ص ٧٤ . فزن لالو طبعة ٢ بند ٣٣٩ ، وجوسران في دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ ص ١ ، وألنريه بلك — الاضافات الخاصة بجسم الانسان — المجلة الانتقادية ١٩٣٣ ص ٣٦٧ .
(١) جابرو ولاورد لاكوست — المرجع السابق ص ٢١٣ و ٢٥١ .

فازن على بدوى ص ٤١٢ و ٤١٣ .

(٢) راجع في بحث علاقة السببية — بلانيول واسمان ج ٦ بند ٥٣٨ ٤٤ ومزوج ٢ بند ١٤١٧ ٤٤ .

(٣) ديوا تعليقاً على سين في ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٦-٢-١٠ .

(٤) ديوا المرجع السابق في نفس الوضع .

(٥) ملزان ص ١٣١ ، ديوا المرجع السابق في نفس الوضع ، هيرتز — الرضا بالعيلانية رسالة طبية بورديو ١٩٣٣ ص ٧ ٤٤ .

وقضاء المحاكم التي ثبت في هذا المعنى يثير بعض ملاحظات جديدة بأن تستلفت نظر الباحث .

فنلاحظ تميل بعض المحاكم إلى التفرقة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية في هذا الصدد، وتقرر أن عدم أخذ رضاء المريض إن كان يوجب مسؤولية الطبيب المدنية فهو لا يوجب مسؤوليته الجنائية، لأن المادة ٢٣٨/٣١٩ ع تقتض أن يكون الإهمال الذي يسأل عنه الطبيب قد وقع منه أثناء إجراء العملية ذاتها لا أي إهمال يقع منه خارج العملية، وبعبارة أخرى إن كانت عدم قيام الرضا الصحيح يصلح أساساً لتعويض المدني فهو لا يصلح أساساً للمسؤولية الجنائية عن الضرر الحادث من العلاج ما لم يقترن بخطأ آخر يكون سبباً لهذا الضرر^(١).

والذي يوجب هذا القضاء في نظرنا هو أنه يدعو إلى تفرقة لا مبرر لها بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي، ويثبت علاقة السببية تارة وينكرها تارة أخرى، ولعله مما يثير الدهشة أن المحاكم التي رفضت نظرية تحمل التبعة^(٢) تقرر نظرية قبول الخطأ^(٣)، فيصبح قبول الخطأ من الأثر في الحد من المسؤولية ما ليس لإنشائها من الأثر في خلقها^(٤).

ولكن هل تتقيد المسؤولية حقاً بقبول المريض لخطأ العلاج؟

(١) الجزائر ١٧/٣/١٨٩٤ سري ١٨٩٥-٢-٢٣٧ والتطبيق والاوز ١٨٩٥-٢-٦٩ والتطبيق، ليون ١٥ ديسمبر سنة ١٨٥٩ سري ١٩٠٩-٢-٣٢١ أ ك س ٢٧/١٠/١٩٠٦ والاوز ١٩٠٧-٢-٤١، جنات الاسكندرية في ٢٥/٢/١٩٤١ في القضية رقم ٣٤٠ مركز الطائرين سنة ١٩٣٨، ميرناك في دالوز ١٩٠٧-٢-٤٧ رقم ١، راليه ص ٩٥، جاردنا وريتني ص ٣١٤ بند ٢٥٥، ديفلو ص ١٧٦، على بنوي ص ٤١٢ .
(٢) risque crée .
(٣) لالو طيبة ١٩٢٨ بند ١٣١ و ١٣٢ .

(٤) جوسران — شخص الإنسان في السمات القانونية — دالوز الأسبوعي ١٩٣١ ص ١٤١؟ أنظر ص ٣ حيث يقول .
Voilà que le risque impuissant à faire naître la responsabilité va pouvoir en revanche l'atténuer ou même l'éliminer? Incapable à jouer le rôle positif il va remplir la fonction d'un frein; c'est à peu près comme si la faute en était réduite à éteindre ou à atténuer la responsabilité sans être à même de la faire naître.

الواقع أن القول بهذا يفترض أن للسؤولية عن هذه المخاطر كانت أصلاً على عاتق الطبيب فانقلت إلى عاتق المريض برضائه أو بعبارة أخرى أن المريض بقبوله العلاج قد ألقى الطبيب من المسؤولية عن مخاطره . ولكن أليس مما يدعو إلى الدهشة أن يعطى لهذا القول من الأثر ما ليس لاشتباكات الإغناء من المسؤولية^(١) . أليس في هذا القول ما يمس قاعدة أساسية من قواعد القانون المدني وهي أن سلامة جسم الإنسان ليست محلاً لتسليم ؟

الواقع أن من يحلل قضاء المحاكم يجد أن هذا للبدأ لم تعد له من القدسية ما كانت له منذ نصف قرن^(٢) ، فقد أخذت المحاكم تعيد مفهومه استناداً إلى فكرة معرفة الشخص لمدى المخاطر التي يمرض نفسه لها ، فأعفت اللاعب من السؤولية عن الأضرار التي يصيب بها من ينازله ، وقائد السيارة عما يصيب الراكب فيها بنير أجرة ، ومنظم الملهي عما يصيب الجمهور ، وأخيراً الطبيب عما يصيب المريض من مخاطر العلاج ، فاعتبرت المشترك في الألعاب الرياضية والراكب في السيارة واللاعب في الملهي والمريض ، كلا قد قبل تحمل المخاطر التي ارتضى تريض نفسه لها^(٣) .

والذي يمكن أن نستخلصه من هذا القضاء أنه فرق بين المخاطر بحسب مشروعيتها، وجعل لقبول المجنى عليه أثره فيما يتعلق بالمخاطر المشروعة فحسب^(٤) ؛ فإذا كانت المهنة الطبية مثلاً قد دعت إلى إقرارها ضرورة حفظ كيان الأجسام

(١) جوران هس المرجع السابق .

(٢) جوران هس مقال في دالوز الأسبوعي تحت عنوان شخص الانسان في العائلات القانونية

ص ١٤١ أنظر ص ٢ .

(٣) جوران هس المرجع السابق ص ٣ و ٤ ، مرسيليا ١٩٣٠/٥/٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠-٣٨٩ ، جراحة التجميل باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١-٢٥٩ ، استئناف مصر في ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ الجمعية الرسمية سنة ١٩١٤ رقم ٢٣ وقد جاء في حياته ولا يلزم المندوم بتعويض عن وفاة الخادم الذي يعمل وظيفة عند طبيب طبيعتها شيء من الخطر أو يمرض نفسه للخطر لأن الوظيفة التي يعمل الالتحاق بوظيفة من شأنها تريض صاحبها للخطر يكون قابلاً لكل ما ينشأ له من الضرر في أثناء تأديتها .

(٤) لاو لطبة ١٩٢٨ جند ١٣١ ، ١٣٢ .

وترقية الصحة العامة فإن وسائل العلاج تنطوي أكثرها على مخاطر لا بد أن يتعرض لها المريض في سبيل شفاؤه ، وهي مخاطر — على ما فيها من مساوئ يحسم الانسان — فإن القانون يقرها بضرورة إقراره للفن الطبي .

وهذه المخاطر إما أن يتحملها المريض أو الطبيب ، ولا شك أن تفسيراً صحيحاً للارادة المشتركة ينسب إلى وضعا على عاتق المريض كلما كان قد صدر منه رضاه صحيح بالملاج الذي باشره الطبيب^(١) . فحق يعتبر الرضاء بالملاج صحيحاً ؟ وهل يشترط أن يكون المريض كامل الأهلية حتى يمتد برضاءه ؟ .

كلا ، فليس هناك ارتباط بين الأهلية في قبول العلاج والأهلية شرعاً^(٢) . فريض المريض لا يبقى عنه قبول غيره طالما أنه قادر على التعبير عن إرادة صحيحة فإذا كان القانون قد أخذ من أهلية القاصر والمجنون والمتوه في الالتزام لأنه قدر أن قوة إدراكهم لم تنضج فإنهم جعريض أنفسهم لمخاطر العلاج لا يلتزمون بشيء وإنما يعبرون عن حقهم الطبيعي في التصرف في أجسامهم لعاية مشروعة هي التخلص من المرض . فللريض بالملاج يكفي أن يكون المريض قادراً على إدراك ظروفه

(١) والفرقة بين المخاطر المشروعة والمخاطر غير المشروعة هي التي انتهت بها الحكم إلى إيجاب المسؤولية على عاتق الطبيب الذي يجري على جسم المريض تجارب لا تدعو إليها حالة الصحة بغض النظر عما إذا كان المريض قد قبل تعريض نفسه لتلك المخاطر . تطبيق ميرياك في دالوز ١٩٠٧-٤٢ ، جري ١٨٧٣/٧/٢٩ سيري ١٨٧٤-١٨٧٢-٥٨ ودالوز ٥٨-٧٤-٤٣٦ ، ليون ١٨٥٩/١٢/١٥ سيري ١٨٥٩-١٩٠٩-٣٢١ ، سويسرا ١٨٩٢/٦/١٠ سيري ١٨٩٢-٤٣٨ ، ليون ١٩١٣/٦/٢٧ دالوز ١٩١٤-١٩١٢-٧٣ ، ريبير — المحلة الاتقادية ١٩٠٨ ص ١٠٠ .

فان باريس ٤ مارس ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٨-٢-٤٤٩ .

(٢) سامو ص ٧٣ ، راليه ص ٩٣ ، لاكاس بند ١٦٧ ، ملزان ص ١٣٨ ، ديلو ص ١٢٢ ، روديه ص ٤٤٧ أندريه جاك — المحلة الاتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٨٨ ، جابرو ولا بورد لاكوست — المحلة العامة للقانون سنة ١٩٢٦ بند ٨ ص ١٣٥ ؟؟ المسؤولية الطبية جوندويدي فاير وزملاؤه في النشرة الطبية المربعية سنة ١٩٣١ ص ٤١٢ ؟؟ و ص ٤١٥ ،

Colin. Conférences à la Société de l'internat des hopitaux de Paris. (Voir. Presse Médicale No. du 25 Mars 1911. P. 232.)

فلن ما يقوله الأستاذ الشيخ محمد علي النجل في مقالة حول مسؤولية الأطباء : مجلة الأزهر المحلة ٢ ، ص ٥١ حيث يشترط أن يكون الإذن بالعلاج صريحاً من نحو بايع عائل .

والخاطر التي يتعرض لها من جراء المرض ومن جراء العلاج ؛ ولا أهمية لكونه ناقص الأهلية في نظر القانون. ولا غرو فإن للشرع نفسه فرق بين الأهلية الجنائية والأهلية المدنية ، وهو ما يثبت أن الشخص قد تكون له القدرة على التمييز بين الخير والشر قبل أن يكون في استطاعته تقدير أهمية التصرف القانوني الذي يجريه. والحال عندنا بالمثل حيث لا يتطلب أن يكون للشخص من الأهلية أكثر من الأهلية اللازمة لتقدير أهمية العلاج ومناسبته . ولما كان الشرع لم يحدد سنا معينة لذلك فإن المسألة تبقى مسألة موضوعية يقدرها الطبيب طبقاً لظروف الحال ، فإذا ظهر له أن القاصر قادر على التعبير عن إرادة صحيحة فلا يجوز له أن يجري علاجاً رغم إرادته ولو دعاه والده إلى إجرائه ^(١) . وبالعكس إذا ظهر له أن المريض طفل لا يقدر خطورة حالته وأهمية العلاج بالنسبة له فلا تثريب عليه إن هو تجاوز عن رأيه ، ولكن عليه أن يأخذ رضا أهله الأقربين ممن يستطيعون تمثيله في هذا الشأن ^(٢) .

(١) تقرير دونيوي فابر في مؤتمر الطب العربي السادس عشر — الفترة الطبية العربية سنة ١٩٣١ — المسؤولية الطبية ص ٤٢٤ ، مازان ص ١٣٩ ، ديفوس ص ١٢٧ ، بلانش روديه ص ٧٨ و ٧٩ ، رأى الجمعية الاستشارية للاستئناف المتقدمة في باريس في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٠٠ مذكور في مانش ص ١٦٢ وهامش ٣ ، يروس ص ١٢٦ .

Guenot. Du consentement nécessaire au médecin pour pratiquer une opération chirurgicale, thèse 1904 P. 37 & 38.

(٢) ليون ١٨٥٩/١٢/١٥ سيري ١٨٠٩-٢-٣٢١ ، ليج ١٨٩٠/٧/٣٠ بلجيكا القضائية ١٨٩١-٦٩٩ ، الجزائر ١٨٩٤/٣/١٧ سيري ١٨٩٥-٢-٢٣٧ ، أكس ٢٢. ١٩٠٦/١٠ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ ، بلزكريزي ١٩٠٧-٤-٣٧ ، مازان ص ١٤٠ ، وروديه ص ٧٩ .

قارن — ليج ١٨٨٩/١١/٢٧ بلجيكا القضائية ١٨٩٠-٤٧١ سيري ١٨٩٥-٢-٢٣٧ هامش أ ، وباريس ١٩٢٣/٦/٢٨ دالوز ١٩٢٤-٢-١١٦ ، وقد قرر أنه لا بد من رضا المريض أو من له السلطة عليه . وبلانول وأسمان ج ٦ بند ٥٢٦ وهو يقرر أنه يجب أخذ رضا المريض أو من عليهم الإشراف عليه .

عكس مانش ص ١٦٣ و ١٧١ ، وهو يرى أن الرضا بالعلاج حق شخصي. ليس من شأنه فلا يمس له عنه غيره فإن لم يكن أهلاً لاستعماله فالطبيب يحكم درأته وفيه هو الذي يحسم ما يلزم له من علاج وله في ذلك أن يتجاوز عن رضا الوالدين أو الزوج ، ويروس ١٩١٤؟؟ وهو إذ يتشكى مع منطعة من حيث عدم استئذان أخذ رضا المريض بالعلاج يقرر أن استئذان =

وإذا كان حق الأب في المحافظة على صحة أبنائه حق مطلق بحيث لا يجوز للطبيب أن يخالف رأيه طالما أن الابن ليس له قول يمتد به فقد نذر البحث في فرنسا في حق الزوج بالنسبة لما يجرى على زوجته من أنواع العلاج؛ والرأى عندنا أن العبرة برضاء الزوجة نفسها إذ ليس بمستساغ أن نفترض أنها بقصد الزواج قد تنازلت عن حقها الطبيعي في المحافظة على صحتها وهو ما انتهت إليه اللجنة الإدارية للمستشفيات في بروكسل إذ قررت أن رضاء الزوجة يكفي لمباشرة ما تتطلبه حالتها من أنواع العلاج بنقض النظر عن مطرحة الزواج^(١).

وقد يدق الأمر أحياناً في عمليات الولادة حيث يكون الطبيب بين أمرين، إما أن يضحي بالجنين حفظاً لحياة أمه، وإما أن يحافظ عليه فيضحي بها، وقد يرى الزوج بما له من حقوق ابنه غير ما تراه زوجته، فإذا فعل الطبيب؟ يبدو لنا أنه يجب تغليب رأى الزوجة التي لا تطلب إلا حقها الطبيعي في أن تعيش وليس للزوج أن يعترض بما في ذلك من تضحية لجنين لم ير بعد نور الحياة^(٢).

وإذا كان المريض مصاباً بحالة جنون فقد يكون من اللازم أخذ رضائه في وقت إفاقته، أما في الفترات التي يكون فيها تحت تأثير نوبة من نوباته الجنونية فعلى الطبيب أن يأخذ برأى عائلته أو ذوى القوامه عليه^(٣).

= أخذ رضاء والده يخولهم سلطة لاستد لها من القانون ويخلق صعوبات كثيرة ليس من الميسور تذليلها.

(١) هيرتز ص ١١، بروس ص ١٣٩، مازان ص ١٤٢، نيجرس ص ١٠٧، دونديوي فابر في التقرير المقدم للوزير الطب الصرعي ١٦ النشرة الطبية الصرعية سنة ١٩٣١ ص ٤١٥ و ٤٤٧١ بلانش روديه ص ٨، مانث ١٦٣ و ١٦٤، سافتييه بند ٧٨٥ ص ٤٠٧، تولوز ١٩٣٢/١٠/٢٦ دالوز ٣٣-٢-١٠٧.

(٢) لاكس بند ١٦٨. فون ملزان ص ١٤٣ و بلانش روديه ص ٨٩.
(٣) تطبيق ميماكوفيتش على تحرير دونديوي فابر وزملائه المقدم إلى المؤتمر الطبي السادس عشر — النشرة الطبية الصرعية سنة ١٩٣١ ص ٧١٦ و ٧١٧، بلانش روديه ص ٨٢.

فون لاكس بند ١٦٨ في الآخر.
سكن مانث ١٦٩ في الآخر و ١٧٠، بروس ص ٤٤١.

ولست هناك قاعدة محددة مفروض احترامها على الأطباء فالنصوص القانونية لا تنشى تأملاً مع ضرورات المهنة الطبية وعلى الطبيب أن يستشعر دائماً بما يوحى به ضميره بنض النظر عن القواعد القانونية كلما وجد نفسه أمام حالة تستدعيه أن يتصرف على وجه معين إزاء حياة مريض بين يديه ، وبحسن بالطبيب — إذا كان العلاج الذى يراه لازماً للحالة ينطوى على مخاطر جدية — أن يستشير برأى بعض زملائه ليتجنب مواطن الزلل . وإذا كنا قد قررنا أن الطبيب عليه أن يأخذ رأى أهل المريض ممن يستطيعون تمثيله ، فإننا لم نقصد بذلك الإحالة على قواعد الولاية والقوامة^(١) ، فإن حق الإنسان على جسمه حق شخصى محت وهو يتميز عن سائر الحقوق فلا يخضع للقواعد المدنية ؛ فإذا كان المريض قادراً على التمييز وأهلاً لفهم أهمية العلاج فعلى الطبيب أن يلتزم حدود رأيه ، وإلا فعليه أن يستشعر لا برأى أصحاب السلطة عليه شرعاً فحسب بل برأى من تربطه بهم تلك الرابطة الانسانية الوثيقة رابطة المحبة والقرابة^(٢).

ولا يكتفى الفقه والقضاء بأن يكون الرضاء قد صدر من ذى أهلية ومن له صفة بل ما ينهبان إلى أبعد من ذلك فيقتضيان أن يصدر هذا الرضاء من المريض وهو حر الإرادة عالم بحالته وبما ينطوى عليه العلاج من خطر ، أو بمباراة أخرى يجب على الطبيب قبل أن يباشر العلاج أن يشرح للمريض أو لأهله الفكة التى يشكو منها ويبين لهم وجه الضرورة فى العلاج الذى اختاره ودرجة احتمال نجاحه^(٣).

(١) فلون ساخو ص ٧٣ ، وموتيليه ١٥/١٢/١٩٠٩ جلزيت باليه ١٩١٠-١-١٨٧ .
(٢) والواقع أن ما قلناه يضى مع كون استئزام أخذ رضاء المريض بالعلاج قطعاً أنفاها القضاء دون أن يتسلم فيها نصاً من نصوص القانونوضى . فطبيى أن يكون الرجح فى تحديد ما ويان أركانها إلى ما اضطرر عليه القضاء ذاته .

(٣) اكس ٢٢/١٠/١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ بازيكريزى ١٩٠٧-٤-٣٧ ،
ريس ٢٢/١/١٩١٣ دالوز ١٩١٩-٢-٧٣ وسيرى ١٨-٢-٩٧ ، بلريس ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤-٢-١١٦ ، بلريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١-٢-١٤١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣١-٢٥٩ ، بلريس ١٩٣٧/٥/١١ سيري ١٩٣٨-٢-٧١ ودالوز الأسبوعى ٣٧-٣٤٠ ، مارتن ص ٨٣ ، ساقانييه ج ٢ بند ٧٨٢ ص ٣٩٨ =

هل معنى ذلك أن الفقه والقضاء يتطلبان أن يكون الرضاء قد صدر عن بيئة تامة واختيار مطلق ؟

لا يبدو أن الأمر كذلك فكثيراً ما لا يكون من حق المريض أن يرضى العلاج بغير أن يمرض نفسه للعقاب أو على الأقل للمسئولية المدنية ولا يمكن في مثل هذه الأحوال القول بأن المريض يتمتع بحرية الاختيار . بل ولا يمكن القول بأنه يتمتع بهذه الحرية حتى في الأحوال العادية حيث لا يكون أمام المريض من سبيل للتخلص من آلام المرض سوى قبول العلاج ومع ذلك فإن هذا الضغط على إرادة المريض لا يصيبها أكثر مما يصيب الخوف الأبوى لإرادة الإبرء فيها يبرمه مع والده من عقود^(١) .

== بلائس روديه ص ٤٧٣؛ محمد علي إمام ص ٣٠٧ ، ساهو ص ٧٠ و٧١ ، ميرنيك في دالوز ١٩٠٧-٤١ ، بلانيول وإسمان ج ٦ بند ٥٢٦ .

(١) ديوا في دالوز ١٩٣٦-٣-١٠ .

فلان — جنابات الاسكندرية في ١٩٤١/٧/٢٥ في القضية رقم ٢٣٤٠ مركز الطائرن سنة ١٩٣٨ في قضية تلفس ظروفها في أن شخصاً عرض زوجه على أحد الأطباء للكشف عليها إلا أنها لم تقابلها للدكتور أبت الكشف عليها فهددها الزوج بالطلاق وأوهبها الدكتور بأنه سيطيها حفنة فقط فقبلت تحت هذا التأثير غير أن الطبيب أعطاهم مخدراً ولما أن أخافت منه وجدت الدم يسيل من رحمها ، فأفهمت الطبيب بأنه أجهضها . وقد جاء في حيثيات الحكم : حيث إن ... القاعدة السلم بها فضاء أنه يجوز للطبيب قياماً بوظيفته المرخص له بها وفي سبيل المحافظة على صحة أفراد المجتمع اتخاذ ما يلزم من وسائل التطبيب بقصد علاج المرضى على شريطة أن يرضى المريض بهذه الوسائل رضاء غير مشوب وأن يباشر عمله في حدود قواعد الهيئة الطبية فإذا خالف هذه السنن أصبح منتهاكاً لمهامها مشلولاً عن تمويض الأضرار التي نشأت عن فعله .

وحيث إن الدكتور ... أجرى الكشف على الجنى عليها بغير رضاها أو على الأقل تحت تأثير إكراه من زوجها وخفاه هو لها ووضعها تحت مخدر وكشف عليها بخنثار في حالة يحتمل معها أنها حامل مع علمه بهذا الاحتمال وترتب على تصرفه هذا أن حصل خريف لها قلت بعبه للمل المشفى وظلت فيه زمناً أجريت لها فيه عملية تخريج الرحم وهو بهذا التصرف يمد خارجياً على قواعد الهيئة الطبية وواجباته كطبيب .

فلان أيضاً سن ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٩ جازت إليه ١٩٢٩-٤٢٤٤ وقد قروا أن مجرد الإقدام على إجراء عملية لانتعاشها ضرورية هية يتبرمن قيل الخطأ . ولا يمدح من ذلك إعطاء الطبيب أن التشويه الجسدي كان قد حبط بغية الجنى عليها للمل حد أنها مهددت بالإعطار إلى =

والظروف التي تؤثر على إرادة المريض تأخذ صوراً متعددة، فأحياناً يفرض الشارع عقوبة على من يرفض علاجاً يرى لزومه للوقاية من وباء أو لحفظ الصحة العامة أو لتمكين الشخص من أداء وظيفته بخدمة المجتمع وأحياناً يكون الالتزام بقبول العلاج مصدره القصد.

ولقد أقرت المحاكم بوجود هذا الالتزام في ظل قانون حوادث-الصل وقررت تخفيض التمييز الذي يستحقه للمصاب أو الناجم إذا كان رفضه للعلاج تحكيمياً، وبالمثل فإن كثيراً من الأحكام تخفف التمييز بالتقدير الذي كان ليستفيد المصاب لو لم يمتنع يد النية الطبية التي رفضها^(١). ففي جميع هذه الأحوال يعتبر الضغط المالي على شخص المريض من العوامل المشروعة التي تفقده نصيباً من حرية اختياره طالما أن العلاج ليس فيه خطر جدي على حياته^(٢) وطالما أن الطبيب قد أحاطه بكل الضمانات التي تعطيه أكبر فرصة لنجاحه.

ونس للمبادئ تطبق في الأحوال التي يكون الجزاء على رفض العلاج فيها تعاقبياً كما هي الحال في التأمين ضد المرض أو الحوادث.

فهناك إذن شيء من الغلابة في اشتراط أن يكون الرضاء حراً^(٣)، ونفس الملاحظة تطبق على اشتراط أن يكون الرضاء عن بيئة تامة.

== هو لم يجل إجراء العملية لها، فإن هذا الظرف على فرض وجوده لا يدل إلا على أنها كانت في حالة فقدت منها اختيارها وأن رضاه لم يكن لاعتقاده ولا عن اختيار.

(١) رن ١٩٠١/١٢/١٠ دالوز ١٩٠٢-٢-٢٩٩، دويه ١٩٠٥/٤/١٠ دالوز ١٩١١-٢-٢٠٦، جرنوبل ١٩٠٥/٤/١٠ دالوز ١٩١١-٢-٢٠٦، هنس مراض ١٩١٠/٢/١٠ سيري ١٩١٠-١-٣١٠، هنس مدق ١٩١٢/١٢/١٦ سيري ١٩١٣-١-١٤٢، عرائس ١٩١٢/١٢/٣٠ دالوز ١٩١٣-٥-٤٤، دوند يودي فابر النفرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ المشوية الطبية م ٤٧٥،

Dr. Ribeiro. Le droit de guérir, Ann. de Médecine légale 1932 p.612 et 1935 p.76. - Dr. Olivier et Piedelièvre : A propos du droit de guérir Ann. de méd. leg. 1923 p.40

(٢) جارو ولا يورد لا كوست للرجع السابق م ٢١٦ ملزو ج ٢ بند ٤٤١٤٧٤ ديوا دالوز ١٩٣٦-٢-١٠.

(٣) ديوا دالوز ١٩٣٦-٢-١٠.

لاشك أن عدم تنبيه المريض إلى مخاطر العلاج ينحل رضاه مشوبا بنلط
دافع إن لم يكن بالثب ومن ثم يكون القدر باطلا بطلانا نسبياً ويكون الطبيب
مستولاً لأن حصوله على رضاه مشوب بالنلط ليس بأكثر قيمة من إغفاله أخذ
رضاه للمريض بالنكالية^(١) لكن لا يستبر الطبيب مستولاً لجرد خطئه في تقدير
نتائج العلاج الذي ارتضاه المريض لئلا أنه اتبع أصول الفن ولم يخطئ في العناصر
التي بنى عليها تقديره^(٢).

وإذا كان على الطبيب أن ينبه المريض إلى أخطار العلاج فليس هذا الالتزام
مطلقاً لأنه يعترضه من الناحية العملية :

أولاً — جبل للمريض بأصول الفن الطبي .
ثانياً — حالته النفسية .

لذلك قررت المحاكم أن لضرورة تلزم الطبيب بإعطاء المريض تفاصيل
خفية عن العلاج^(٣) ويكفيه أن يبين له الفرض منه والنتائج المحتملة له . ومن جهة
أخرى يجب على الطبيب أن يراعى حالة المريض النفسية فلا يشرح له من أخطار
العملية ما قد يهبط بحالته النفسية ويحملها أكثر استهدافاً لمضاعفاتها لاسمياً إذا
كانت الصاية هي الأمل الوحيد في إقناذ حياته . فعلى الطبيب واجب إنساني

(١) نيس ١٩٠٥/٦/٢٣ سبى ١٩٠٩-٢-٣٧١ ، اكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ دالوز
١٩٠٧-٢-٤١ وبازيكريزي ١٩٠٧-٤-٣٧ ، باريس ١٩١٣/١/٢٢ سبى ١٨-٢-
٩٧ ودالوز ١٩١٩-٢-٧٣ ، باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ سبى ١٩٣١-٢-١٢٩
ودالوز ١٩٣١-٢-٤١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣١-٢٥٩ ، نفس ١٩٣٣/١٠/٣١ سبى
١٩٣٤-١-١١ ودالوز الأسبوعى ١٩٣٣-٥٣٧ ، سين ١٩٣٧/٣/١٥ جازيت باليه
١٩٣٧-٢-٣٧٩ ، ديوانى دالوز ١٩٣٦-٢-١٠ .
(٢) وهو ما قرره محكمة استئناف باريس في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت باليه
١٩٢٥-١-١٦٦ .
(٣) ليج ١٨٨٩/١١/٢٧ دالوز ٩١-٢-٢٨١ وبلجيكا القضائية ١٨٩٠-٤٧١ ،
ليج ١٨٩٠/٧/٣٠ دالوز ٩١-٢-٢٨١ وبلجيكا القضائية ١٨٩١-٦٩٩ ، هوندودي
قابر النفرة الطبية المصرية سنة ١٩٣١-٤٧٠ ، ديقلوس ١٢٨ ، جاردتا وريغنى ص ٣١٤
وقم ٢٠٤ ، سافاتييه ج ٢٨٧٢ ص ٣٩٨ .

يتم عليه أن يدخل الثقة في قس المريض ويعموم فحتم المخوف التي ليس من شأنها إلا أن تزيد حليته لخطر العلاج^(١). وهكذا تتدخل الاعتبارات الإنسانية لتخلق إلى جانب القاعدة القانونية دائرة يتسامح فيها ، وعلى القضاة أن يقدروا ظروف كل حالة على حدة ليوازنوا بين حق المريض في أن لا يمس جسمه إلا برضاه وبين واجب الطبيب في أن يحافظ على حالته المتوية لیساعد الطبيعة على مقاومة المرض .

وتشر الأحكام بأن الحاكم تشدد في التزام الطبيب بتنبية المريض لأخطار العلاج كلما زادت هذه الأخطار أو اجتهدت غاية العلاج عن شفاء المريض^(٢) فقتضت محكمة استئناف باريس مثلاً في ١٢ مارس سنة ١٩٣١^(٣) بأنه إذا كانت

(١) بروكل ٤ يويه سنة ١٩٢٣ *juris-classeur civil. Responsabilité médicale* 2e. fascicule. No 1-112 ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣/١٠/٣١ عرائس ١٩٣٣/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٣-١٩٣٩ ، أميان ١٩٣٦/٢/١٤ ، سبى ١٩٠٩-٢٢٥٠ وتطيق يرو ، نالك المرجع السابق من ٦٣٠ ، دفلوس ١٣٠ ، ديوا في دالوز ١٩٣٦-١٠٢٠ ، نيجر من ١٠١٠٠ ، راليه من ٤٤٨٦ ، بلانول واسان ج٦ بند ٥٢٦ ، سافاتييه ج٢ بند ٧٨٢ ، ديموج ج٦ بند ١٨٠ ، ينار مذكور في مانس من ١٦٧ ، ملرتان من ٨٢ ، مازان من ٤٤١٤٦ ، لاكاس بند ١٥٥ ، بلاتش روديه من ٤٤٨٦ ، المجلة الفصلية سنة ١٩٠٧ من ١٠٥ .

قارن باريس ١٩٣١/٢/١٢ دالوز ١٩٣١-٢-١٤١ وتطيق جان لو ودالوز الأسبوعي ١٩٣١-٢٥٩ وسبى ١٩٣١-٢٢٩ وتطيق يرو .

(٢) بلانول واسان ج٦ بند ٥٢٦ ، دفلوس ١٢٤ و ١٢٥ ، روديه من ٨٩ ، ملرتان من ٨١ ؟؟ سافاتييه بند ٧٨٢ ، شاتوتيرى ٧ يويه ١٩٠٥ سبى ١٩٠٩-٢-٢٢٥ ودالوز ١٩٠٥-٤١ ، وقد قررت أنه في غير الأحوال العادية التي تكون فيها حياة المريض مهددة بالخطر يتعم على الطبيب أن ينبه المريض ليس فقط للأخطار التي تضمنها العلاج بل عليه أن ينبهه إلى أنه يمكن أن يمش بحالته دون أن يتعرض لخطر ما ، وهذا الالتزام يزاد أهمية كلما ازدادت الخطر الناشئة عن العلاج .

نيس ١٩٠٥/٦/٢٣ سبى ١٩٠٩-٢-٣٢١ ، باريس ١٩٣١/٣/١٢ دالوز ١٩٣١-٢-١٤١ ودالوز الأسبوعي ١٩٣١-٢٥٩ وسبى ١٩٣١-٢-١٢٩ ، كس ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سبى ١٩٣٤-١١-١١٠ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٣-٥٣٧ ليون ١٩٣٦/١/٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦-١٢٧ .

(٣) باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١-٢-١٤١ .

جراحة التجميل تخضع للقواعد العامة فذلك بشرط أن يبينه الجراح من يريد إجراء عملية تجميل له إلى جميع المخاطر التي يتعرض لها ويحصل منه على قبول صريح بها .

وإذا كان التزام الطبيب بإحاطة المريض بأخطار العلاج يقتضي في الأحوال العادية بما توجبه مصلحة المريض من عدم إحاطته بما قد يهبط بروحه المعنوية فإن مصلحة المريض نفسه توجب أحياناً أن يباشر الطبيب العلاج قبل أخذ رضا المريض به وذلك يكون :

ثانياً — إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالمراب عن رضائه بالصريح وكانت هناك ضرورة تدعو إلى سرعة القيام به ^(١) :

قد يحصل أن يدعى الطبيب لعلاج شخص أصيب في حادثة قد معها وعيه ويكون إسراره بالعلاج هو الأمل القلبي لإقضاء حياته قبل يقف مكتوف اليدين لأنه لا يستطيع أخذ رضائه ولا من يمثله ؟

لا شك أن مصلحة المريض ذاتها توجب الخروج على القواعد العامة فيكون من حق الطبيب أن يتجاوز عن أخذ رضا المريض ^(٢) إذ المفروض أنه

(١) لييج ١٨٩٠/٧/٣٠ بلجيكا القضائية ١٨٩١-٦٩٩ .

(٢) بلانش رودي من ٩١ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٢ من ٣٩٩ و ٧٨٥ من ٤٠٢ ، ديويو في دالوز ١٩٣٦-١١-٢ ، مازو ج ٢ بند ١٤٩٣ هامش ٣ ، بلانيول وإسمان ج ٦ بند ٥٢٦ ، ديموج ج ٦ بند ١٨٠ ، دوندروى فابر للمرج السابق من ٤٢٠ ، لاكس بند ١٥٦ ، مزان من ١٥٠ ، مانس من ١٦٢ ، راليه من ٩٤ ، دغلو من ١٢٧ ؟؟ فيجر من ١٠٢ ، ريبير المجلة الانتاعدية سنة ١٩٠٨ من ١٩٩ ، ديليت مجلة باريس ١٩١١/٣/١ من ٤٠ و ٤١ ، جان لوفى دالوز ١٩٣١-١٤١-٢ ، جارو ج ٥ بند ١٩٨٥ ، جندي عبد الملك ج ٥ من ٨٣٣ رقم ٣٤٠ .

وقد عرض العلامة ابن القيم لهذه المسألة في مبحث « جريان الرف بجرى النطق » ج ٢ من ٢٢ إذ قال بعد كلام طويل فيها جرى فيه الرف بجرى النطق ومنها لو رأى شاة غيرة تموت فذبحها خطأ لآلتها عليه كان ذلك أولى من تركها تنهب ضياعاً ، وإن كان من جامدى القهواء من يمنع ذلك ويقول : هذا تصرف في ملك الغير ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف في ملك الغير إنما حرمة الله لا فيه من الإضرار به ، وترث التصرف حالنا هو الإضرار . ومنها =

لو كان المريض في وعيه لفنفته غريزة حب البقاء إلى الرضاء بما يقدمه له الطبيب من إسعافات .

والحال بالمثل إذا ظهر للجراح أثناء مباشرة عملية جراحية رضى بها المريض ما يدعو به إلى إجراء عملية أخرى رأى ضرورة إجرائها حالا وكان في إرجاء عملها حتى يفيق المريض ويستحصل على رضائه خطر على حياته وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس في ٢٨/٦/١٩٢٣^(١) .

== لو استأجر غلاماً فوفقت الأكلت في طرفة فتيقن أنه لم يطمعه سرت إلى حقه فأت جاز له قطعه ولا ضمان ... فإذا كان إذن السيد واجباً في أي عمل يراد إجراؤه للسلام فإنه قد سقط اعتباره لموضع العرف وللضرورة خوف السرمان فتنه للشخص المريض الذي يحتمل الحال أن يداوى بأي دواء أو يعمل له أي عمل وليس من الممكن الحصول على إذن من يملك الأذن والعرف يقضي بأن مداواة هذه الحال خير من الإهمال بل إن العرف جرى على لوم من يحصر لدم الإذن وأخذته باللمعة لتراخيه في أمر كان من الواجبات وكان من المحتمل أن ينفذ حياة يتم في ظلها من كانوا يعيشون في كنفها .

وقد عرض ابن حزم لهذا الموضوع أيضاً (المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٤٤٤) في بحث مسألة من يطمع يدا فيها آكلة أو يطمع ضرراً بغير إذن صاحبها .

قال : قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان . وقال تعالى « فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فالواجب استعمال حذرين التصين من كلام الله تعالى فينظر فإن قامت بينة أو علم الحاكم أن تلك اليد لا يرجى لها برء ولا توقف وأنها مهلكة ولا بد ولا دواء لها إلا القطع فلا شيء على القاطع وقد أحسن لأنه دواء وقد أمر رسول الله (ص) بالمداواة وهكذا القول في الضرر إذا كان شديد الألم قاطعاً به عن صلاته ومصلح أموره فهذا تعاون على البر والتقوى ... قال رسول الله (ص) تداءوا فإن الله لم يرض داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد قالوا وما هو يا رسول الله قال ألم المرم .

قال علي (المرتبة) فن دواي أخاه المسلم كما أمره الله تعالى على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام فقد أحسن ، قال الله تعالى « ما على المحسنين من سبيل » وأما إذا كان يرجى للأكله برء أو توقف وكان الضرر توقف أحياناً ولا يطمع شغل عن صلاته ومصلح أموره فقل القاطع والقانع القود لأنه حيث يتصد وقد أمر الله تعالى بالقصاص في القود .

(١) باريس ٢٨/٦/١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ - ١١٦-٢ ، كويك ١٤/٣/١٩٣٠ المجلد الفصلية ١٩٢٠ ص ٥٧٣ وتطبيق ديوج ولويول . وذلك في قضية تفتش ظروفها في أن جراحاً أثناء قبله بسبيلة استئصال الزائدة البودية لاحظ أن مريض الرضة ملتهبة فستأملها .

فقت محكمة كويك العليا بأنه لا يسأل عن هذه العملية ، فتضلع أن رضاه الزوج كانت يسلمها وهو ما وصلت إليه المحكمة بضمير بعض عبارات وردت على لسانه فإنه يمكن القول بأن :-

وهكذا يتضح أن أخذ رضا المريض بالعلاج ليس لازماً في جميع الظروف فهو التزام يتقيد بما تقتضيه الضرورة وتوجيه مصلحة المريض من عدم تعريضه لأخطار لا يعرف مداها ؛ وعلى ذلك فإذا كان العلاج بالكس بسيطاً ولا ينطوي على خطر ما على حياة المريض أو سلامة أعضائه فهو لا يلزم بأخذ رضا المريض به ، والقول بغير ذلك فيه إغفال لروح القضاء وعرقلة للمهنة الطبية^(١) .

وإتبلت رضا المريض بالعلاج يقع على عاتق الطبيب لأنه يبرر به مشروعية

== الجراح وجد ألام حالة ضرورة تنفيه من أخذ رضا الرضة .
 لاينون ١٩٣٢/١٢/١٩ جلزت باليه ١٩٣٣-١-٣٣٩ ، في قضية تنقض ظروفها في أن جراحاً أثناء إجراء عملية لاستئصال ورم بسيط ظهر له أنه سرطاني مما يقتضى إجراء عملية أخطر فأجراها الجراح .
 قضت المحكمة بأنه إذا كان على الطبيب أن يحصل على رضا المريض بالعلاج فلم يكن ذلك ممكناً بالنظر إلى ملائمتها الحالة .

(راجع تطبيق ديموج على الحكم في المجلة الفصلية ١٩٣٣ ص ٩٨؟؟ بند ٢٩ ، الجزائر ١٧ مارس سنة ١٩٩٤ سيري ١٨٩٥-٢-٢٣٧ ودالوز ١٩٥-٢-٦٩ ، ليج ٣٠ يولية سنة ١٨٩٠ دالوز ١٨٩١-٢-٢٨١ وبلجيكا القضائية ١٨٩١-٦٩٩ ، سافاتييه ج٢ بند ٧٨٥ ص ٤٠٢ ، دييوا في دالوز ١٩٣٦-٢-١١ ، دوند يودي فاير المرجع السابق ص ٤٢٠ ، ديموج ج٢ بند ١٨٠ ص ١٨٧ ، ملزان ص ١٤٩ ، نيجر ص ١٠٤ ، روديه ص ٩٠ ، بلانيول واسيف ج٢ بند ٥٢٦ ، لاكس بند ١٥٦ ، يتل ص ١٤٧؟؟ ملزو بند ١٤٩٣ هامش ٣ ، لالو بند ٦٣ و٧٧١ دوند يودي فاير في دالوز ١٩٣٤-٢-١١٣ ، جوسران في دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ ص ٢٥ ، ميرنيك في دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ ، دوران اخلافت عدم المشولية بند ٥٨ ص ١٥٦ ، أندريه جاك ١٩٣٣ ص ٣٨٨ من المجلة الانتقادية ، ويشير ديموج (ج٢ بند ٦٢٨) إلى أن هذه الحالة تعتبر من الحالات الطرقة التي تطبق فيها نظرية الضرورة في الفائرة العديدة فتسمح بتنفيذ العقد على غير النحو الذي اتفق عليه .
 راجع في بحث حالة الضرورة وأثرها في المشولية المدنية .

سافاتييه بند ٩٨؟؟ ديموج ج٢ بند ٧٢١ و ج٢ بند ٣٢٠ ملزو ج٢ بند ٤٩٢ ، ريبير القاعدة الخلقية بند ٤٦ ، لالو طبعة ١٩٢٨ بند ١١٥؟؟ Lalloum. L'état de nécessité en matière civ. No 27 & a. ١٧٢ من مشروع تسيح القانون المدني .

(١) ساهو ص ٧٢ ، دييوا في دالوز ١٩٣٦-٢-١١ ، ملزان ص ١٤٦ ، ييو في التطبيق على أكنس ١٩٠٦/١-٢-١٩٠٩ سيري ١٩٠٩-٢-٣٢١ ، لاكس بند ١٥١ عكس ملزو ج٢ بند ١٤٩٣ هامش ٣ .

عمله^(١) وهو يستفيد في ذلك بظروف الأحوال والقرائن^(٢) ولكن لا يعتبر مجرد الذهاب للطبيب أو الدخول في المستشفى رضاء بكل أنواع العلاج التي يراها الطبيب لازمة لحالته^(٣) ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن لا مسئولية على الطبيب المتخصص إذا لم يحصل على رضاء بالمعلاج من مريض بشئ إليه طبيبه المعالج إذ أن مجرد الذهاب للطبيب المختص يعتبر رضاء بالمعلاج الذي تخصص فيه^(٤). بل إن محكمة السين الابتدائية في ٢ مارس سنة ١٩٣٧ قضت برفض دعوى شخص ثبت أنه عرض نفسه على الطبيب في العيادة الخارجية لأمراض العيون في مستشفى روتشيلد بباريس لوجود قطعة صغيرة بيضاء على عينه فلموه في تلك العيادة بطاقة كتب عليها صالة العمليات والتاريخ فذهب إلى المستشفى في التاريخ الموضح بالبطاقة حيث أجريت له عملية جراحية لم يدر نوعها إلا بعد بضعة أيام عند خروجه إذ سلموه عنقاً صناعية بدل التي أجرى استئصالها؛ وقد استندت المحكمة في رفض دعوى التعويض إلى أن المصاب بذهابه إلى مستشفى أمراض العيون قبل مقدماً كل ما يستلزمه علاجه^(٥).

ومن جهة أخرى ذهبت محكمة النقض في أول يناير سنة ١٩٣٧ إلى أن

(١) سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٥ ص ٤٠٣ دوندويدي فاير المرجع السابق ص ٤١٩ مازان ص ١٥٠ و ١٥١ ، لاكاس بند ١٥٢ جاردنا وريتقى ص ٣١٤ رقم ٧٠٤ ، يتل ص ١٤٤ ليج ١٨٨٩/١١/٢٧ بليكا القضائية ١٨٩٠-٤٧١ ، ليج ١٨٩٠/٧/٣٠ بليكا القضائية ١٨٩١-٩٩٩ ، ليون ١٩٣٨/١/٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ ملخص ١١ ، قض ٦/١ سنة ١٩٣٧ سبى ١٩٣٧-١-٢٢٠ . ميرنيك في دالوز ١٩٠٧-٤١-٢ قارن باريس ١٩٢٤/١١/٧٠ جازيت باليه ١٩٢٥-١-١٦٦ .

(٢) الجزائر في ١٨٩٣/١١/٤ سبى ١٨٩٥-٢-٢٣٧ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٥ ص ٤٠٣ .

(٣) ليج ١٨٨٩/١١/٢٧ بليكا القضائية ١٨٩٠-٤٧١ . كذلك لا يعتبر الكونت رضاء بالعيلة — راجع ميرنيك في دالوز ١٩٠٧-٤١-٢ رقم ١ .

قارن رسالة لاكاس بند ١٥٢ وسين ١٩٢٨/١٢/٣١ المشار إليه فيها ، ولا لو بند ٥٦٤ .

(٤) قض ١٩٣٣/١٠/٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣-٥٣٧ ، باريس ١٩/٥ سنة ١٩٣١ جازيت باليه ١٩٣٣/١٢/١٠ .

(٥) كوك ١٤ مارس سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ١٩٣٠ ص ٥٧٣ في الاستدلال على وجود الرضاء بالقرائن .

المريض إذا ادعى أن رضاه كان منبياً على غش من الطبيب أو أنه صدر عن غلط لعدم تنبيهه لمخاطر العلاج ففليه إثبات ذلك^(١).

ونخلص من ذلك بأنه إذا كان أخذ رضاه المريض بالعلاج إلزاماً قد أوجبه القواعد العامة فإن فكرة الرضاء الصادر عن بيئة واختيار ليست إلا من ابتكار القضاء الذي شاء أن يدخل علاقة الطبيب بالمريض ضمن نطاق العقد العتيق. ويخفضها لقواعده فأغفل بذلك الطبيعة الخاصة للعقد الطبي، ولكن لم يلبث القضاء أن لس ما في التطبيق الأعمى لقواعد القانون المدني من الخطر على سير المهنة الطبية فحورها بما يتفق وضرورات المهنة، ثم عمد إلى تخفيف عبء الإثبات على الأطباء والتوسع في فهم القرائن التي يستخلص منها الرضاء تحدوه في ذلك الرغبة في عدم إقامة العراقل في وجه الأطباء تسييراً لم للقيام بواجبهم وأداء رسالتهم في خدمة الإنسانية.

٤ - مباشرة المعوج :

متى أخذ الطبيب رضاه المريض بالعلاج ففليه أن يبدأ بمباشرة وهو في ذلك يسأل عن كل إهمال^(٢) أو جهل بأصول الفن. ففليه أن يحدد للمريض المجرع التي يتناولها من الدواء والنظام الذي يتبعه في مأكله ومشربه والاحتياطات التي

(١) محض ١٩٣٧/٦/١ سبى ١٩٣٧-١-٢٧٠ لأكس بند ١٥٢ ص ١١٩ .

(٢) دويه ١٦ مايو سنة ١٨٨٢ بخصوص طبيب مولد أجرى عملية ولادة وهو في حالة سكر ، سين ١٩٠١/٦/٢٧ جازيت المحاكم في ١٩٠١/٦/٢٨ بخصوص طبيب أسنان لم يتحقق من الدواء الذي قدمه له مساعده قبل استعماله، ديبى ١٠ يولييه سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩-٢-٦٥٩ ، باريس ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ ملخص ٧ ، راجع أيضاً كتاب متى الأمير وحاشية جيلزى المدوى ج ٢ ص ٤٠٦ وقد جاء فيه أن الطبيب يضمن إذا قصر كأن أراد قطع سن ففعله غيراً خطأ .

وحس للمنى في شرح الوائق على متى خليل ج ٦ راجع السبارة التي عليها الشيخ عبد العزيز المرغنى في مقاله عن مسئولية الأطباء بمجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

فلون سين ١٩٣٧/١/١٩ جازيت المحاكم ١٩٣٧/٥/٢٥ .

توجيهها حالته^(١). فلذا كانت ظروفه ومدى تقدم المرض في جسمه لا يسمان بلاجه في التزل عليه أن يشير بقله إلى المستشفى^(٢).

ويجب على الطبيب أن يسير في العلاج على هدى الأصول الطبية الناجية فإن هو حاد عنها عرض نفسه للمسئولية . وهو ما حكمت به محكمة الاتحاد السويسري في ١٧/٩/١٩٣٦ في قضية تلخص ظروفها في أن طبيباً استعمل دواء ألمانياً جديداً لم يسبق له استعماله وأجرى للمريض حقنة تحت الجلد من دواء « التريافلافين » بينما كان الواجب أن تعطي له الحقنة في الوريد فحصل له رد فعل شديد في محل الحقنة^(٣). حكمت المحكمة بأن الطبيب يرتكب خطأ إن هو أجرى حقنة من دواء بغير الطريقة الأصولية في استعمالها^(٤).

وبالعكس لا يسأل الطبيب إذا اتبع أصول الفن وهو ما قررتة محكمة السين في ٢٠ يولييه سنة ١٩٠٧ في قضية تلخص ظروفها في أن جراحاً وضع بعض الثلج على بطن مريض أجرى له عملية لإزالة الزائفة الدموية فسبب له ذلك التهاباً في الأعضاء . قضت المحكمة بالأمسئولية عليه لأنه لم يفعل أكثر من أنه طبق نظرية طبية لها جديتها^(٥).

(١) سم ١٤/٢/١٩٣٥ مجموعة الأحكام المختلطة «B.L.T.» ٤٧-٢-١٥٤، سافانييه ج ٢ بند ٧٨١ .

(٢) نانسي ١٩/١/١٩٢٨ جازيت باليه ١٩٢٨-١-٤١٠ ، محكمة مصر في ٢ مايو سنة ١٩٢٧ مجموعة رسمية سنة ١٩٢٨ رقم ١١ من ٢٠ حقوق سنة ٤٤ رقم ٥٠ من ٣٢٧ ، سافانييه ج ٢ بند ٧٨١ ، روديه من ١١٨ و ١١٩ .

ولكن لا يرتكب الطبيب خطأ إذا هو لم يحفظ بالمريض في المستشفى وسلمه لأهله متى كان في إمكانهم لحضاره لتخير على جرحه إذ يجب ألا يغيب عن البال أن الأسرة عدها في المستشفى محدود بحيث لا تسمح بإعلاء المرضي فيها إلا لضرورة . (بورديو ٢٨ يولييه سنة ١٩٠٢ مجموعة بورديو ١٩٠٢-١-٣٢٩) .

(٣) إميل تيلو — التعليق على القضاء السويسري للجنة القصصية سنة ١٩٣٧ من ٤٨٨٣ أنظر من ٩٠٢ .

(٤) إميل تيلو المرجع السابق من ٩٠٢ ، روان للدينة ٣٠/٤/١٨٦٠ سيري ١٨٦٢-١-٨١٧ .

(٥) سين ٢٠ يولييه سنة ١٩٠٧ سيري ١٩١٠-٢-١٥٣ دالوز ١٢-٢-٣٥٦ ، متر ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ سيري ١٨٦٨-٢-١٠٦ ودالوز ٦٧-٢-١١٠ .

ويجب على الطبيب أن يتخذ كل الاحتياطات للمكثنة حتى يهبط بمخاطر العلاج الى حد ما الأدنى^(١) فلا يغفل له مثلاً ألا يتأكد من صلاحية الآلات التي يستعملها أو عدم تقييدها حتى لا تكون مصدر عدوى لجسم المريض^(٢) كذلك يكون مسئولاً إذا وجد أمام حالة دقيقة يخشى معها ألا يتمكن من إحكام توجيه العلاج بما يتفق وصالح المريض ، ثم لم يدع أحد زملائه لماوته ، وهو ما قرره محكمة السين في ٢٢ أكتوبر سنة ١٨٩٧ بمناسبة عملية ولادة عسرة انفرد الطبيب بإجرائها رغم ما صادفه في ذلك من صعوبات^(٣).

حقاً إن الحكم ألقى في الاستئناف ولكن محكمة الدرجة الثانية أقرت نفس المبدأ وإن كانت قد انتهت إلى أن ضرورة إقفاذ حياة المريض وما

(١) سين ١٩٣١/٤/٢٢ جازيت باليه ١٩٣١/٧/٢١ ، وقد أعفت الطبيب المولد من المسئولية عما نسب إليه من إهمال في عدم المبادرة بنقل الدم إلى والدة عقب إجراء العملية القيصرية لها مباشرة إذ ثبت أن هذا الاحتياط لم يكن أمراً يستلزمه إجراء العملية حيناً .

(٢) سين ١٨٨٩/١/٢٢ دالوز ١٨٩١-٢-٢٨١ هامش ب و جازيت باليه ١٨٨٩-١-٣٣٠ ، باريس ١٩٣١/٣/١٩ جازيت باليه ١٠ و ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ، نفس ١٩٣٣/١٠/٣١ جازيت باليه ١١ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ وسيرى ١٣٤-١١-١١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣-٥٣٧ ، والمحكمة قد انتهت إلى نفي مسئولية الطبيب حيث لم يثبت أنه أهمل في اختيار الآلة أو الاعتناء بنظافتها . عابدين ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٢ حقوق سنة ١٨ ص ٢٩٣ رقم ١٨٢ ، نفس جنائي مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٠ B. I. J. ٥٣-٧-٣٠ ، دوند بودي نابر القنطرة الطبية الصرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٥٢ ، لاكاس بند ١٢٥ ، مانس ١١٦ و ١١٧ . فارن بليريس ٤ مارس سنة ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٨-٧-٤٤٩ وسيرى ٩٩-٩٠-٢ ، والمحكمة أعفى الطبيب من المسئولية رغم أنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة في الضم .

(٣) سين ١٨٩٧/١٠/٢٢ سيري ١٨٩٩-٢-٩٠ ، محكمة مصر ١٩٢٧/٥/٢ عامك عدد ١٤٢٩ سنة ٣٩ رقم ٣٧ ومجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ ص ٢٠ .

قرب الطالون في ١٩٢٩/٤/٩ حقوق سنة ١٩٤٤ ص ١٦٩ .

طالون متر ١٨٦٧/٥/٢١ سيري ١٨٦٨-٢-١٠٦ دالوز ٦٧-٢-١١٠ .

وراجع ملزاق ص ١٢٥ ، بلاتش روديه ص ١٢٧ و ١٢٣ ، جرافف ص ١٦١ . ومن باب أولى يكون مسئولاً إذا رفض استعفاء طبيب طبيته . عامك المرض ، ناسي ١٩٢٨/١/١٩ جازيت باليه ١٩٢٨-١-٤١٠ .

كانت تختفيه من سرعة إجراء العملية كأننا بغير أن عدم انتظار الطبيب لحضور آخر لمساعدته ^(١).

وإذا لم يكن على الطبيب كما قلنا أن يلزم المريض لتنفيذ تعليماته بنفسه فعليه أن يراقب تأثير الدواء على جسمه حتى يوجه العلاج بالشكل الذي يتفق ومصلحته. حقاً إن الطبيب الذي لم تؤخذ مشورته في العلاج إلا مرة واحدة لا يسأل عن تتبع حالة المريض، ولكن الحال غير ذلك بالنسبة للطبيب الذي يختاره المريض للعلاج، إذ يكون عليه أن يتتبع حالته حتى يتأكد من عدم حصول مضاعفات تقتضي إحداث تغيير في العلاج، وهو ما قرره محكمة النقض في ٢١ يولية سنة ١٨٦٢ إذ رفضت الطعن المقدم في حكم محكمة روان الذي أخذ على الطبيب استعماله لآلة ضاغطة على فراع طفل دون أن يما بما ظهرت عليه من علامات الغفرة ليرفع الآلة في الوقت المناسب، الأمر الذي انتهى بتعفن يد الطفل وانفصال أصابعه، فكان على الطبيب إذن وقد استعمل تلك الآلة الضاغطة أن يراقب تأثيرها عن كثب حتى يتجنب حصول مضاعفات ضارة بالمريض ^(٢).

ويزداد التزام الطبيب بمراقبة المريض أهمية إذا كان مصاباً بنقص في قواه

(١) سين ١٨٩٧/١٠/٢٢ سبتمبر ١٨٩٩-٢-٩٠ دويه ١٩٣١/١/١٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ ملخص ٩ متر ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ سبتمبر ١٨٦٨-٢-١٠٦٠ دالوز ١١٠-٢-٦٧، والحكم وإن كان قد قرر للبدا إلا أنه رأى أن ظروف الحال لم تكن تدعو الطبيب إلى الاستعانة بغيره وهو في ذلك قد خالف ما ذهب إليه محكمة أول درجة.

(٢) قضى ١٨٦٢/٧/٢١ سبتمبر ١٨٦٢-١-٨١٧ دالوز ١٨٦٢-١-٤١٩، نيم في ٢٦ فبراير سنة ١٨٨٤ سبتمبر ١٨٦-٢-١٥٦ دالوز ١٨٤-٢-١٧٦، كاستر ١٩٢٩/١٢/١٧ جازيت باليه ١٩٣٤-١-٣٠١، تولوز ١٩٣٣/١٢/٢٦ جازيت باليه ١٩٣٤-١-٣٠١، باريس ١٩٣٣/١٢/٧ جازيت باليه ١٩٣٤-١-٣٠١، قضى ١٩٢١/٤/١٦ سبتمبر ١٩٢٣-١-١٤٢ دالوز ١٨٤-١-٢١ (وقد قررت أنه يجب فحص المريض قبل كل حصة تليق له من زرينات البنزول للتحقق من أن حالته تسمح بالاستمرار في العلاج).

قانون متر ١٨٦٧/٥/٢١ سبتمبر ١٨٦٨-٢-١٠٦ دالوز ١١٠-٢-٦٧.

العملية يخشى منه أن يصيب نفسه بالضرر . وهذا الالتزام مفروض على الطبيب بحكم القواعد المهنية التي توجب على الطبيب أحيانا أن يعنى المريض حتى من نفسه ^(١) وهو التزام مستنتج أيضا من نفس القدر الذي يقتضاه عهد المريض إلى رعاية الطبيب ^(٢) . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ بمسئولية الطبيب المدير للمستشفى عن الأضرار التي لحقت فتاة مصابة بعاقة في العقل من جراء هروبها من المستشفى ^(٣) .

وليس الطبيب ملزما برعاية مصلحة المريض لحسب بل عليه أن يرعى مصلحة الغير من تصل اليهم عدوى المريض فيتخذ من جانبه كل الاحتياطات اللازمة لمنع انتقال العدوى ^(٤) وهو يعتبر مخطئا اذا كان يعالج طفلا مريضا بالزهرى ثم لم ينبه الفاتر التي ترضعه الى طبيعة مرضه ^(٥) .

(١) سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٤ ، يتل من ١٢٨ و ١٢٩ .

(٢) سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٤ .

(٣) قرار من ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧-١-١٠٥ وتطبيق جوسران ، ليون ١٠/٧/١٨٩٤ جازيت باليه ٩٤-٢-٤٩٥ ، باريس ٤/٧/١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣-٢-١١٣ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٢-٤٥٠ ، باريس ١/٦/١٩٣٥ جازيت باليه ٣٥-٢-٣١٦ وسيري ١٩٣٥-٢-٢١٣ ، سين ١٢/١١/١٩٣٦ جازيت المحاكم ٢٩/١٢/١٩٣٦ ، قرار من ١٩٣٨/١/٤ جازيت باليه ١٩٣٨-١-٤٧٥ .

قرار باريس ٢٠/٦/١٩٢٠ جازيت باليه ١٩٢٠-٢-٣٤١ ، سانت ٢١/٧/١٩٣٤ سيري ١٩٣٥-٢-٢٣٦ ، سين ١٦/٥/١٩٣٨ جازيت باليه ١٩٣٨-٢-٢٤٣ .

(٤) باريس ٢٨ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤-٢-٤٠٠ وجازيت باليه ١٩٠٤-١-٤٢٩ ، دويه ٢١/٧/١٩٢٤ جازيت باليه ١٩٢٤-٢-٥٤٥ ، ديسليرس ٨٩ ، نير من ٩١ .

(٥) وهو ما قرره محكمة ديجون في ١٤/٥/١٨٦٨ سيري ١٨٦٩-٢-١٢ ، وإن كانت قد انتهت الى إعفاء الطبيب من المسؤولية بسبب انتهاء علاقة السبية ، أميان ١٢ أغسطس سنة ١٨٩٣ N170 1882-1883 Responsabilité médicale. Juris Classeur . سين ٩/١١/١٩٠٦ جازيت المحاكم ٢٠/١١/١٩٠٦ والتطبيق ، بروج ١٤/٤/١٩٠٢ بانديكت ١٩٠٤-٢-١٤٧ وسيري ١٩٠٢-٢-٢٠٨ ، سين ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٠٦ في جاردناورينقي من ٣٧٩ عمود ٢ ، فلزيات من ٤٣ ، دوتديودينظر النشرة الطبية الشريعة سنة ١٩٣١ من ٤٦٠ خاصة في بحث التلويح بين تنبيه الفاتر وحفظ سر للمنة ، ديسلير من ٨٩ و ٩٠ . وقرار من ١١١ ٤٤ .

أما إذا اتخذ الطبيب من جانبه كل الاحتياطات ثم لم يسلم المريض من المخاطر اللاحقة بالملاج فإنه لا يتبر مستولا عن الأضرار التي أصابت للمريض^(١) .
وتزداد العناية التي يجب أن يبذلها الطبيب بقدر خطورة الوسائل العلاجية التي يباشرها وهو ما ستبينه من دراسة الملاج بالأشعة والتدخل الجراحي .

المعوج بالاشعة

الطب حديث العهد نسبياً بهذا النوع من العلاج وقدر ما يحمل العلاج بالأشعة في ثناياه من عظيم النعم على المرضى قد جاء مهدداً إليهم بأكبر الأخطار .
لذلك كان لزاماً على من يمرض الأجسام لتعمل تلك الآلات التي تشع من التيارات الكهربية ما يقاس بمئات الآلاف من الوحدات أن يكون أولاً متخصصاً في فنه ، وإنه لمن المدهش حقاً أن لم يصدر تشريع إلى الآن يقصر استعمالها على المتخصصين ، فهي موجودة في الكثير من عيادات الأطباء العموميين ، كأن كل الشروط اللازمة لاستعمالها تنحصر في قدرة الطبيب على دفع ثمنها .. ثم إنه يجب على الطبيب حتى للتخصص أن يكون في استعمالها يقظاً إلى أبعد حدود اليقظة إذ أن الخطر دائماً كامن فيها فاحتمال حدوثه لأقل هفوة متوقع في كل الأوقات .
وإننا لا نقصد بهذا أنه كلما حدث ضرر من الملاج بالأشعة وجبت مساءلة الطبيب

(١) راجع روم في ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٩
وقد جاء في حيثيات الحكم :

Attendu qu'il résulte du rapport de l'expert Dr. F... que le Dr. M. a certainement procédé suivant les règles de l'art; que l'intervention sanglante destinée à assurer la réduction de la fracture par une suture osseuse a été entourée de toutes les précautions d'asepsie; qu'aucune complication n'est survenue mais que malheureusement la contention n'a pas été aussi bonne qu'on pouvait l'espérer ce qui est impossible de garantir; mais ce qui est indiscutable, c'est qu'il est impossible dans le cas présent de constater dans les soins donnés une faute chirurgicale...

فانطفاً غير مفروض هنا لأنها مسئولية كثيرها خاصة لقواعد العامة^(١) وإنما الذى قصده هو أنه نظراً لاحتمال وقوع الضرر دائماً من آلات الأشعة فإن القضاء يتطلب يقظة كبرى من الطبيب المالج بها . فليه أن يتأكد من سلامة الآلات التى يستعملها^(٢) وألا يسلط على المريض من الأشعة إلا القدر الذى يتناسب مع درجة احتمالها لتيارات الكهرباء^(٣) وهو ما يقتضيه فحصاً دقيقاً لحالته ، لا يعفيه من المسؤولية عنه أنه لم يتجاوز فى تحديد الجرعة ما تقضى به الأصول العلمية؛ وفى ذلك قضت محكمة بوردو فى ٧ يولييه سنة ١٩٣٣ باعتبار الطبيب مسؤولاً لأنه لم يتخذ كل الاحتياطات اللازمة فى استعمال الأشعة على جسم طفل سنة ١٨ شهراً فسبب له حرقاً خطيرة نشأت عن عدم مراعاة الحساسية الخاصة لجلد الطفل وهو فى هذه السن للبكرة^(٤).

- (١) سين ٢٠ مارس سنة ١٩١١ جازيت باليه ١١-٢-٣٩ ، وقد استعمل أحد الأطباء الأشعة للبحث عن إبرة فى قدم رجل فتبعث عن ذلك حروق خطيرة ولكن ثبت أن الطبيب لم يرتكب خطأ ما وأنه اتخذ فى استعمال الأشعة جميع الاحتياطات الممكنة قضت المحكمة بعدم مسؤوليته . نفس ١٩٣٩/٦/٢٧ دالوز فى اتحاد الأحكام ١٩٤٠-١-٦٤ .
- (٢) هنا لقد تار البحث فى فرنسا فيما إذا كانت المادة ١٣٨٤قرة أولى تطبق على الأطباء . ولكننا سنرى أن اعتبار مسئوليتهم عقابية قد أنقذ هذا البحث جل أهميته إذ قضى بصفة عامة على إمكان تطبيق المادة ١٣٨٤قرة أولى عليهم .
- (٣) سين ٨ مارس سنة ١٩٠١ مذكور فى تطبيق ميريناك على إكس فى ١٩٠٦/١٠/٢٧ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ ، بلاتش روديه من ١٣٢ ، ١٣٣ .
- (٤) ولكن لا يبال الطبيب إذا كانت الأضرار التى لحقت للمريض ترجع إلى حساسية خاصة ما كان له أن يتبينها (سم ١٩٣٣/١١/٢ ، J.B.L. ٤٦-٢-١٥٤) .
- (٥) بوردو ١٩٣٣/٦/٧ جازيت باليه ٣٣-٢-٦١٥ ، نفس ١٩٣٩/٦/٢٧ دالوز فى اتحاد الأحكام ١٩٤٠-١-٦٤ ، بوردو ١٩٣٤/٧/١١ جازيت ١٩٣٤-٢-٣٩ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٦ ملخص ٤ ، سين ١٩٣٣/٢/١٧ جازيت باليه ١٩٣٣-١-٧٣٤ وقد جاء فى حيلياته .

Attendu qu'il résulte tant des faits de la cause que du rapport des experts que la brûlure grave dont est atteint D... est la conséquence certaine d'une absorption par la peau au cours d'un examen radioscopique d'une quantité de rayons dépassant la tolérance de celle-ci soit par suite d'un rayonnement trop mou ou d'un examen trop prolongé avec un tube très rapproché.

ومن باب أولى يكون الطبيب مسئولاً إذا تجاوز في الجرع التي سطلها على جسم المريض الحد الذي تسمح به الأصول الطبية^(١).

ليس هذا فحسب بل يتحتم على الطبيب أن يراقب تأثير الأشعة على جسم المريض بمنتهى اليقظة حتى إذا ما ظهر له أى أثر لحرق أو لعلامات غير طبيعية فعليه أن يوقف العلاج فوراً أو يباعد على الأقل بين جلساته ويخفض من الوحدات المسجلة على المريض^(٢). ولا يفتقر للطبيب أقل حذو يهونها فيما يبدو في حينه عديم الأهمية وقد يتخصص بعد ذلك عن نتائج غاية في الخطورة.

حدث أن سيدة تقدمت إلى أحد الأطباء تشكو خراجاً في الثدي فاجلها بالأشعة عدة مرات ولم يثبت في حق الطبيب أى خطأ في ذات العلاج من حيث وجوبه أو نوع الأشعة أو مقدارها أو سلامة الأجهزة المستعملة وإنما ثبت أن الطبيب بناء على شكوى السيدة وطلبها وضع لها وسادة تحت رأسها لإ راحتها عند رقادها للعلاج فعرض بذلك الوجه الجانب من أشعة أكس الصادرة من الآلة.

قضت محكمة جرينوبل الاستئنافية^(٣) بمسئوليته استناداً إلى أن تعريض

ché de la surface de la peau. Attendu que cette absorption de rayons ne peut être que la conséquence directe d'une négligence ou d'une imprudence du défendeur dans le réglage de son appareil et dans la durée de son

PROSEUTIO...

(١) سين ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ جازيت باليه ١٨٩٩-١-٦٦٨ ، سين ٨ مارس سنة ١٩٠١ القانون ٢١ مارس سنة ١٩٠١ ، س مصر ١٩٣٦/١/٢ بمادة سنة ١٦ رقم ٣٣٤ من ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ من ٢٦٠ .

(٢) رن ١٥ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣-٢-٦١٩ ، سين ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ جازيت باليه ١٨٩٩-١-٦٦٨ ، رن ٣ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠-٦١-١ .

(٣) جرينوبل في ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ في ملزآن من ١٧٩ و ١٨٠ .
راجع أيضاً قض ١٩٣٩/٦/٢٧ D. Critique ١٩٤٠-١-٦٤ ، وقد أخذت على الطبيب أنه لم يضبط على المريض بخفا من المطاط حتى لا تصل إليها الأشعة للسلطة على الأجزاء المعلقة من جسمه .

وجه المريض للأشعة كان خطأ يتم عن إغفال الاحتياطات المفروضة في مثل هذا النوع من العلاج .

ومع ذلك لا يرتكب الطبيب خطأ ما إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لدرء خطر ما كان في استطاعته أن يتوقعه وهو ما قرره محكمة نانت في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ في قضية نسب فيها إلى الطبيب أنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لوقاية المريض من خطر الإشعاعات الصادرة قررت المحكمة أن هذه الإشعاعات حدثت نتيجة لظواهر كانت مجهولة حتى من أكبر العلماء فما كان للطبيب أن يتوقعها وليس يصح أن يسأل عنها. ^(١)

ونظراً لخطورة العلاج بالأشعة فقد ذهبت المحاكم إلى وجوب استعانة الطبيب بأحد زملائه في مباشرة العلاج منعاً لما قد ينشأ عن عدم إحكام الأجهزة من مخاطر. ^(٢)

وبين لنا من كل ما تقدم أن الطبيب عليه أن يتخذ كل الاحتياطات الممكنة حتى يهبط بمخاطر الأشعة إلى أقل حد مستطاع .

الدموع الجراحية

والحال بالمثل في العلاج الجراحي . فلئن كان مشروط الجراح هو الآخر من أكبر التهم على الإنسانية فلا شك أن فيه من الأخطار ما لا يستهان بها . ولكن طبيعة هذه الأخطار تختلف عن طبيعة خطر آلات الأشعة في أن مشروط الجراح ليست فيه تلك القوة الذاتية الماثلة . فالجراح يتحكم فيه كما يتحكم في يده ذاتها ، وإنما الذي لا يخضع لسلطان الجراح هي تلك العوامل التي عددناها عند الكلام

(١) نانت في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت باليه ١٩٢٥-١-٥٥٣ ، يرو في سيمى ١٩٠٩-٢-٣٢١ تطبيقاً على اكس ١٩٠٦/١٠/٢٢ .

(٢) بورديو ١٩٢٣/٦/٧ جازيت باليه ١٩٢٣-٢-٦١٥ ، بورديو ١٩٢٤/٧/١١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ ملخص ٤ .

في طبيعة الالتزامات الطبية والتي تجمل من تلك الالتزامات الزمات بوسيلة غير مضمونة النتيجة . ومع أن شق البطن وقطع الشرايين وفتح الرؤوس وعلى الخصوص بتر الأعضاء واستئصالها يتطلب من الجراح يقظة تزيد بقدر ما يتعرض له المريض من الخطر إلا أن طبيعة العلاج الجراحي ودقته وتشعبه وكثرة العوامل التي تحيط به وتؤثر فيه كل هذا وغيره يقتضى استعمال منتهى الحذر والحيلة في تقدير مسئولية الجراح .

استعمال البنج

ولما كانت أغلب العمليات تصطبغ بالآلام مبرحة يصعب على المريض تحملها بل قد يكون لها رد فعل شديد في جسمه ربما انتهى بأوخم العواقب ، لذلك فإن الجراح كثيراً ما يلجأ الى وضع المريض تحت البنج قبل البدء بمباشرة العملية . وإذا كان اتخاذ الرأي بشأن استعمال البنج واختيار نوعه يثيران من الصعوبات ما قد رأينا فإن استعماله يقتضى من الطبيب عناية خاصة بسبب المخاطر التي تلاصقه ؛ فيعتبر الجراح مسئولاً إذا هو لم يفحص المريض فحصاً دقيقاً حتى يتبين ما إذا كانت صحته تحتل وضعه تحت البنج^(١) ، ونوع خاص عليه أن يتأكد من أن معدة المريض خالية من الطعام قبل أن يبدأ بتخديره^(٢) .

(١) فتلا يجب مراعاة منتهى الحيلة في وضع المريض بالقلب تحت تأثير البنج لأنهم يستمدون منه لأخطار قد تذهب بحياتهم (برو س ١٥٩ ، وبرو واردل — مزاوله الطب ص ٣٧٦) .
(٢) مرسيليا ١٩٢١/٤/٢٦ جازيت باليه ١٩٢١-١٩٢٢ استئناف أنجييه ١٩٢٦/٨/٥ .

وقد قررت المحكمة أن الطبيب الذى يكلف بسيلة جراحية لنفسه ما يرضاه أهله ، وفى أثناء العملية يضطر إليه أن يضطر المريض بالكوروفورم ليهيم من أعصابه فيترتب على هذا التخدير الوفاة فجأة ، يكون مسئولاً حتى لو ادعى أن الوفاة حدثت لأسباب ما كان في قدرة أحد أن يتنبأ باحتمال وقوعها .

وقد أخذ على الطبيب أنه أمر بضيق المريض فجأة أثناء إجراء السيلة وكان يجب عليه أن يفحص حاله قبل ذلك لاسيما أن عملية التبنج يجب أن يسبقها عادة فحرج معدة المريض من كل طعام . ونظراً عن ذلك فإنه لم يستثن بزميله لمساعدته في تتبع حالة المريض ومواجهة ما قد يطرأ له من مضاعفات .

وعلى الجراح أيضاً أن يراقب حالة المريض ونضات قلبه حتى لا يغطيه من البنج إلا الكمية التي يستطيع أن يتحملها^(١) ويعتبر الطبيب مخطئاً إن هو لم يستن بأحد زملائه لتتبع حالة المريض أثناء إعطائه البنج ولمواجهة ما قد يطرأ عليه من مضاعفات ولما ساعدته فيها يلزم له من إسعافات^(٢).

وواجب الطبيب في الاستعانة بأحد زملائه يحتمه بنوع خاص أن المريض وهو يفقد وعيه تحت تأثير البنج، يعتبر أنه قد عهد بنفسه إلى عناية الطبيب الذي يتعم عليه أن يرعى مصلحته بأقصى ما يمكن من العناية. لذلك قضت محكمة استئناف باريس في ٤ يولية سنة ١٩٣٢ باعتبار الطبيب مسئولاً عما يصيب المريض من حروق بسبب حافظات الماء الساخن التي وضعت بالقرب منه وقبل أن يستيق من تأثير البنج. وهي من أجل ذلك قررت أنه يجب على الجراحين والأطباء أن يلاحظوا المريض بأنفسهم طالما أنه لم يفق من تأثير المخدر إذ هو يصبح بسبب عدم إدراكه وقدان وعيه تحت إشرافهم ومراقبتهم وحدهم ومن ثم تحت مسؤوليتهم، وأضافت المحكمة بأن القول، بأن من العادات المقررة أن الجراحين يتركون إلى

وقد رأت المحكمة أن إهمال الطبيب لكل هذه الاحتياطات يكفي وحده للمحك عليه بالمسئولية يعتبر حجة لأخذ رأي أهل الخبرة في ذلك. وكان الطبيب قد دافع عن نفسه بأن الحادث الذي حثفأ عن الكلوروفورم لا يمكن التنبؤ بها، وأنه من الناحية الطبية لا يعتبر الطبيب مخطئاً إذا بنج شخصاً بعد تناول الطعام وأن التوفيق هنا كان طفلاً فلم يكن من اللازم نحوه قبل تبنيه لأن الأطفال ليسوا مرضى لكسكة الغلية. وقدم الطبيب أدبياتاً لأقواله هذه استشارت طبية من من بين أكبر رجال العلم ولكن محكمة الاستئناف حكمت عليه بالمسئولية استناداً إلى المادة ١٢٨٢ وقررت أن الطبيب يعتبر مسئولاً حتى عن خطئه اليسير، ولم يفتأ أن يفتير في أسباب حكمها إلى أن الجراح تسرع في إجراء عملية التبنج وكانت يجب عليه أن يؤجل العملية حتى تتفقد الاحتياطات الطبية الكافية لا سيما أنه ثبت أنه لم تكن هناك ضرورة عاجلة لإجرائها.

- (١) مرسيليا ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ جلزت باليه ١٩٢١-٢-١٦٢.
- (٢) مرسيليا ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ جلزت باليه ١٩٢١-٢-١٦٢، الجزائر ١١/٤ سنة ١٨٩٣ وفي الاستئناف ١٧/٣/١٨٩٤ سبوى ١٨٩٥-٧-٢٣٣ ودالوز ١٨٩٥-٢-٦٩، بلاتش رودي ١٣٧، جلزان ص ١٨٣، تيجر ١١١.

عكس فانس ١٩١٣/٦/٢٧ ١٩١٣ et a. Responsabilité Juris clausour. Art. 1382

الممرضات معاوتهم في بذل بعض الإسعافات التي تستعمل مباشرة بعد تدخلهم وأنهم .
ما داموا قد قاموا بذلك فلا يمكن أن ينسب إليهم أى خطأ وأنه إذا حصل
حادث فلا يمكن أن يترتب عليه أية مسئولية ، قول لا يمكن قبوله ^(١).

حقاً إن التقاليد المهنية لها أهميتها في بيان حدود المسئولية الطبية شأنها في ذلك
شأن الأصول للتبعة في الألعاب الرياضية تبين حدود المسئولية فيها . ولكن كما
لاحظنا مازو يحق ، إن وجود عادة معينة بين الأطباء ليس من شأنه أن يسلب
الحاكم حريتها في التقدير بل يظل لها الحق في أن تقرر أن تلك العادة مخالفة لما
توجبه الحيلة وأن اتباعها ينطوي على الإهمال ^(٢) . فالعادات والتقاليد المهنية ليس
لها من القيمة في مسئولية الأطباء أكثر من الترخيصات الإدارية . وقضاء المحاكم
مستقر على أن الترخيص الإداري لا يحوى إلا الحد الأدنى من الاحتياطات التي
تتطلبها مصلحة الجمهور فلا يمكن أن ينقلب ضد من ومن ثم فإن من يتسبب بإهماله في
إصابة الغير بالضرر لا يمكنه أن يحتج بأنه اتبع ما يوجبه الترخيص من احتياطات .
ويبدو أنه يجوز لنا أن نستعمل هذا التدليل بشأن التقاليد والعادات المهنية
فهي ليست إلا الحد الأدنى لما يجب أن يبذله رب المهنة من احتياطات وهو قد قد
يثبت أنه دون ما تتطلبه المصلحة العامة ، فليس اعتياد الجراحين ترك المرضى لعناية
الممرضات بمجرد انتهائهم مما يحرونه لهم من عمليات ، سبباً لاغنائهم من المسئولية
مضى ثبت أن سلوكهم هذا كان ينطوي على الإهمال بالنظر إلى حالة المريض وما
تتطلبه من رعاية فنية خاصة .

(١) باريس ٤ يوليو سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣-٧-١١٣ وتطبيق لالو ، بورج ٢/٢
سنة ١٩٣٨ جازيت باليه ١٩٣٨-١-٧٧٣ ، سين ١٩٣٨/٥/٣٠ جازيت باليه ١٩٣٨
٣٦٣-٤ .

(٢) مازوج ١ بند ٥١٢ ص ٥٥٥ وبند ٤٤٠ ، لالو دالوز ١٩٣٣-٧-١١٣ ،
فلك المحلة الانتدابية سنة ١٩٣٧ ص ٦٢٩ ؛ هاليسوري ج ٢٣ بند ٨٢٦ ص ٥٧٣ و ٥٧٤
بلايول واممان بند ٥١٩ ، ديلو ص ٨١ ، بيل ص ١٦٩ .
فلن — مرائس ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيري ١٩٣٤-١-١١ دالوز الأسبوعي
١٩٣٣-٥٢٧ .

لا يجوز للطبيب إذن أن يهجر المريض طالما هو تحت تأثير البنج وهو يعتبر مسؤولاً إن لم يتخذ الاحتياطات لمراقبة إنفاذه^(١).

وإذا كان الطبيب يعتبر مسؤولاً عن كل إهمال يقع منه في إعطاء البنج للمريض ومراقبة حالته إلى أن يفيق فإنه يكون بمأمن من كل مسؤولية إذا أتبع أصول الفن واتخذ من جانبه جميع الاحتياطات اللازمة^(٢).

ولا يعتبر خطأ من الطبيب أن يستعمل نوعاً من البنج لا زالت الآراء الطبية مختلفة بشأن استعماله متى لم ينسب إليه أى رعونة أو إهمال^(٣).

ويتحمل الجراح نفس المسؤولية كلما وقع منه إهمال في إجراء العملية أو دل سلوكه على جهل بالأصول العلمية الثابتة^(٤).

(١) لييج ١٩٢٨/١١/٨ بليكا القضائية ١٩٢٩ عمود ٦ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤
دالوز ١٩٣٣-٢-١١٣ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٢-٤٥٠ ، بورج ١٩٣٨/٢/٢ جازيت
باليه ١٩٣٨-١-٧٢٣ ، سين ١٩٣٨/٥/٣٠ جازيت بباله ١٩٣٨-٢-٣٦٣ ، لاكس
بند ١١٢ ، ويجتل ١٦٨ و ١٦٩ ، يوميرول — المسؤولية الطبية أمام المحاكم ص ٢٨ ،

André Jack. Les conventions relatives à la personne physique Revue
Critique 1933 p 398 بل يصح على الطبيب ألا يهجر المريض حتى بعد إنفاذه إذا كانت
حالته من الضعف بحيث تتطلب الاستمرار في إعطائه (الجزائر ١٨٩٣/١١/٤ وفي الاستئناف
١٧ مارس سنة ١٨٩٤) . سيرى ١٨٩٥-٢-٢٣٧ دالوز ١٨٩٥-٢-٦٩.

(٢) أميان ١٩٠٦/٢/١٤ سيرى ١٩٠٩-٢-٢٢٥ ودالوز ١٩٠٧-٢-٤٤ ،
مونتيليه ١٩٠٩/١٢/١٥ دالوز ١٩١٠-٥-٣١ وجازيت بباله ١٩١٠-١-١٨٧ ،
دوه ١٩٢٤/٦/٢٣ *Juris Clamour civil* ١٣٨٢ م إلى ١٣٨٤ — المسؤولية الطبية رقم
١٨٩٤/٣/١٧ هانز ١٩٣١/٢/٦ جازيت بباله ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ ، الجزائر ١٩٣١/٣/١٧
سيرى ١٨٩٥-٢-٢٣٧ .

(٣) دوه ١٦ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦-٤٣٦ .

(٤) جنح الدين ١٨٩٧/١٠/٢٢ سيرى ١٨٩٩-٢-٩٠ ، سين ١٩١٢/١٠/٢٩
سيرى ١٩١٤-٢-١٥٣ ، باريس ١٩١٩/٦/٢٦ سيرى ١٩٢٢-٢-١١٣
وهارن تليق يرو ، باريس ١٩٣٠/٢/٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ ملخص ٧ ، والضحية
خاتمة بطبيب أسنان تيب إهماله في انزلاق آلة إلى حلق المريض فاطمها حيث سكنت في
التيكريس ، سين ١٩٣٧/١/١٩ جازيت المحاكم ١٩٣٧/٥/٢٥ ، وقد أخذت المحكمة =
(١) (ب ر) ٢٢

== على طبيب أسنان أنه أهمل في التحقق من عدم كسر عرس الرئس أثناء خلعه وبقاء جزء منه في اللثة ، جنح مصر المستأثة في ١٩٠٤/٤/١٩ استئصال سنة ٣ حرقم ١٩٠ من ١٠٤ ، مابدين ١٩٠٢/١٢/٨ حقوق سنة ١٨ من ٢٩٣ رقم ١٨٢ ، وقد أخذت على الطبيب أنه أهمل في تعقيم الإبرة التي حقن بها المريض ، سم ١٩٣٥/٢/١٤ B. L. J. ١٥٤-٧-٤٧ ، وجازيت سنة ٢٧ من ٢٢ رقم ٢٥ ، قضى غلط ١٩٤٠/١١/١٨ B. L. J. ٣٠-٢-٥٣ ، قضى فرنسي ١٨٣٣/٦/٥٨ سيري ١٨٣٥-١-٤٠١ ومرافعة دولان ، ويدل أن عمكة دويه بمحكها الصادرين ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٤ و٢٣ يولييه سنة ١٩٣٥ (المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ من ٤٨٠ رقم ١٧ وتطبيق ديوج) قد جلست على الجراح التزاما باستشارة طبيب المريض قبل إجراء عملية لفتح يستير برأيه في معرفة تكوين جسمه ، ولا ينظر له أن يهمل في ذلك إلا إذا كانت الحالة تدعو إلى سرعة التدخل أو كانت العملية التي يراد إجرائها : فنه بحث لا ينحى منها خطر على المريض .

راجع أيضاً جنح مصر المستأثة في ٢ مايو سنة ١٩٢٧ مجموعة رسمية رقم ١١ سنة ١٩٢٨ من ٢٠ ... وحيث إن الذي ثبت للمحكمة من التحقيق وأقوال المتهم بالبوليس ولماجنه على أسئلة جناب الطبيب الشرعي أن المتوفاة عرضت على حضرة الدكتور اسماعيل بك صدق قبل الوفاة فكشف عليها ووجد عندها ضيقاً في الحوض ولم يتمكن من تحديد قياس الحوض بالضبط بسبب وجود لمساك عندها فأعطاهما مسهلاً وطلب منها أن تمحضر له في الصباح بشر بطور لإمادة خصها جيداً فحضرت وأعاد الكشف عليها وتأكد من ضيق الحوض فأخبر والدتها بذلك وأشار عليها بعدم توليدها بالمنزل إذ يصدر إجراء العملية اللازمة لها وأنها أنه لو دعى لتوليدها بالمنزل لرفض ذلك وأن الأحسن هو البحث من الآن على مستشفى أو منزل صحي والانتقال على توليدها وأنه بعد ذلك عرضت المتوفاة على المتهم وكان ذلك قبل الولادة بشهر تقريباً فتبين من الفحص أنها حامل في الثامن وأن عندها زلال في البول وأن وضع الجنين مستعرض في البطن فنه عليها بصاطي اللبن فقط والمشى ساعتين كل يوم وطلب حضورها بعد ذلك لإعادة الكشف فحضرت له بعد عشرين يوماً تقريباً فوجد أن الجنين لا يزال مستعرضاً وعلم من المتوفاة أنها لا تنزع ما أشار عليها به فأكد عليها بضرورة اتباع إرشاداته المذكورة وإلا فلا لزوم لطلبه لأنه مصمم على عدم الجيء في هذه الحالة . وقد دعى للولادة في ١٢/١١/١٩٢٥ الساعة الثانية والربع صباحاً فوجد أن الجيء بالقاعدة وجيب المياه متضرر وعنق الرحم مضطحة تسمح بدخول اليد والقاعدة متضررة في الحوض وحالة الدم جيدة والاحتضاضات الرجية قوية ومتابعة فصل حتى كافور للولادة لتقوية القلبي وقد أمكنة في الساعة الثالثة والنصف أفرنكي صباحاً أن يزل الساقين والذراعين ثم أحس أن الرأس كبيرة ولسو حالة الجيء عليها اجتهد في إخراج الجنين بواسطة الجذب لإيهاء الوضع لأن الدم كانت تترف واستمر على ذلك حتى الساعة غرة ونصف صباحاً حيث انفصل المخرج عن الرأس التي بقيت داخل الرحم ثم حضر الدكتور إلى تجل الذي طلبه التهم بد أن سادت الحالة فرأى هنا الأخير أن الحالة خطيرة جداً وأشار بتقل الجيء عليها للاستئالة وهناك توفيت والرأس داخل الرحم قبل أن يصل لها العملية . وقد تبين من التحقيق ==

أيضاً أن ألتهم عندما رأى صعوبة في إخراج الجنين طلب معونة زوج المتوفاة وخالتها في جذب الجنين فأخذاً يجذبان به معه وثبت أنه قد استعمل عنفاً شديداً في هذا الجذب حتى اتصلت العماغ عن الجذب داخل الرحم ثم تبين أيضاً أن المتوفاة كانت تزفت كثيراً حتى أغشى عليها وأن الدكتور حنثه لم يطلب استدعاء طبيب للمعاونة إلا بعد أن ساءت الحالة وأغشى على المتوفاة من أن ألتها استشاروه في إحضار طبيب آخر قبل أن تسوء الحالة لهذه الدرجة ففرض وتبين أيضاً أن التهم كان يجذب ساق الجنين وكان يستعمل الجفت وطلب من الزوج مساعدته في استعماله بإحكام المسار حتى لا يغت ويثبت من أقوال الدكتور ليل نهار بمحضer البوليس (شاهد تقي) أنه عندما دعى للذهاب للوالدة طلب منه أخذ اللازم معه لإخراج الرأس فذهب وهناك أخبره التهم أن الرأس كبيرة وأنها بقيت في داخل الرحم أثناء جذب الجنين وأخبره أن عنده عدداً ولكن لا يمكنه إخراج الرأس بها لأن الرأس كبيرة ونظراً لأنه رأى الحالة خطيرة جداً ألقى الدكتور إلى نهار أشار بنقل الوالدة للاستجالية ففتلت وتوفيت هناك كما سبق بيانه . وحيث أنه يرى من الوقائع المتضمنة ومما ذكره جناب الطبيب الفرعي تخصيصاً في تحريره بمحضer الجلسة أن التهم ارتكب عدة غلطات كانت سبباً في حصول زحف تسببت عنه الوفاة وهي :

أولاً : عدم اتخاذ أي حيلة لمنع الخطر في بادئ الأمر مع ما شاهده من حالة المتوفاة قبل الولادة بصهر ثم بشرة أيام من وضع الجنين في البطن بالحالة السالفة الذكر وضيق الحوض وكان الواجب عليه أن يتوقع تسرع الولادة وتضييق آل المتوفاة حقيقة الأمر والإشارة عليهم بضرورة إجراء الولادة بالمستشفى أو عمل الترتيب اللازم إذا رأى أنهم صمموا على أن تكون الولادة بالمنزل كما حصل مع الدكتور اسماعيل بك صدق لا أن يذهب وحده طمأناً في الأجر الذي اتفق عليه ودون أن يتخذ أي حيلة حتى أنه أهمل في أخذ المدد السكافية التي يمكن أن يحتاج إليها في مثل هذه الحالة غير الاعتيادية كما هو ثابت من التحقيق وأقوال حضرة الدكتور ليل نهار شاهد التي بمحضer البوليس .

ثانياً : أنه عندما باشر الولادة فعلاً ووجد أن الحالة صعبة كما تقدم لم يبادر بإرسال الوالدة إلى المستشفى أو يطلب طبيباً آخر لحوته في الوقت المناسب قبل أن يستعمل الخطر مع أن آل المتوفاة عرضوا عليه ذلك فرض ، ولم يطلب استدعاء طبيب آخر إلا بعد أن ساءت الحالة وحصل زحف شديد وأغشى على المتوفاة .

ثالثاً : الاستمرار في جذب الجنين مدة من الزمن واستعمال الصنف في الجذب مع ما تبين من كبر حجم رأس الجنين ومع علم التهم بوجود ضيق في الحوض خصوصاً بعد أن جرب أن طريقة الجذب لم تنفع في إزاله الرأس لوجود طاق ميكانيكي يمنع من مرور الرأس من الحوض فلا معنى لاستمرار الجذب بالكيفية المذكورة بعد ذلك مدة عشر دقائق أو ربع ساعة أو نصف ساعة مع وجود الطاق المذكور ومع علم التهم أن كل دقيقة تمر تؤثر على الوالدة وتضرها من الخطر شيئاً فشيئاً مع أن المسوح أن الطبيب يستعمل طريقة الجذب لحد محدود يقدره الفتيون بـ ١٥ يصح أن تزيد على خمس دقائق ويقولون إنه بعد ذلك من المؤكد أن الجنين يموت وفي هذه الأحوال تكون السرعة واجبة جداً ويجب على كل حال أن يكون الجذب قتيماً بحيث يجذب الجنين في اتجاه معين مع اتخاذ الحيلة لجلب الرأس لتدخل في الحوض بأقصر أطوارها فإذا ما اتخذ الطبيب

ومن أجل ذلك يتعين عليه ألا يقدم على إجراء عملية إذا كان في حالة لا تسمح له بإجرائها من غير أن يمرض المريض لخطر لا مبرر له وهو ما قضت به محكمة دويه في ١٩ يناير سنة ١٩٣١ إذ باشر الطبيب عملية كحت^(١) لامرأة ويده اليمنى مصابة بسحر يكاد يكون تاماً^(٢).

== هذه الاجراءات مدة ومع علمه بأن الحوض ضيق والرأس كبيرة فكان يجب عليه أن يوقف هذه اجراءات ويغذ غيرها وهي ثقب الرأس بثاقب الرأس ليصغر حجمها ويسهل نزولها ولقد ذكر جناب الطبيب الفرعي في ذلك بالصيغة الخالصة من محضر الجلسة هذه المبارة :
« إن استمرار الجذب مع وجود الطاق حتى يفصل الرأس عن الجسم لا يقبله الطب وأشوف أنه كان فيه جهل وعدم احتياط وما أضغث إن الله يصل كذا يكون مولد » وقال حضرة الدكتور نجيب بك محفوظ في ذلك إنه يستجد على طبيب متفرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عن النقي وقال إنه من الجائر أن يحصل ذلك من طبيب غير مختص بالمعالج كل الأمراض .
راباً — طلب منهم معاونة آل النفوذة له في جذب الجنين مع أن الجذب يجب أن يكون فنياً كما هدم وما كان يصح له أن يستعين بثلثها في مثل هذا العمل الفنى الخطير وما لا يدريان فيه شيئاً . أما ما ذكره الدفاع بإلقاء مسئولية فصل الرأس عن الجسم على آل النفوذة فلا يمكن الأخذ به لأن التهم هو الذى طلب منه للمعاونة منهم فهو المسئول عن ذلك وما كان في استطاعتهم في هذا الوقت المرح عدم معاونة فنيا يطلب وكان الواجب يخفى عليه في مثل هذه الحالة بسرعة طلب حكم مختص بالمعاونة في هذا الأمر أو يأمر فوراً بإرسال الوالدة للمستشفى كما أشار بذلك الدكتور لطى نهار بجريد أن حضر ورأى الحالة سيئة .
وحيث إنه لا شك أن كل هذه غلطات جسيمة يجب أن يسأل التهم عنها ... »

Curetage d'utérus (١)

(٢) دويه في ١٩/١/١٩٣١ المجلة القصية ١٩٣٢ تعليقات ديموج ص ١٥٥ ٤٤ بند ٧، دويه ١٩٢٤/٧/٢١ جازيت باليه ١٩٢٤-٢-٥٤٥ وقد نسب إلى الطبيب أنه أجرى عملية ولادة وق أمهه خراج ملوث نفرت المحكمة أنه لو ثبت ذلك لعد مرتكباً خطأ جسيم يوجب مسئولته ، دويه ١٩٨٢/٥/١٦ سبى ١٨٨٩-٢-١٥٣ وقد اعتبرت الطبيب مسئولاً عن قيامه بعملية ولادة وهو في حالة سكر .

والحال كذلك أيضاً في جميع الأحوال التي يكون فيها الطبيب مصاباً بمرض قد تتخلل عدواه إلى المريض . راجع رسالة مائس ص ١١٥ و ١١٦ والأحكام المشار إليها فيها وديقو ص ٨٤ .
وتعبر مسئلة الطبيب في هذه الناحية بواجبه في الامتناع عن التصاد إذا كان تنفيذ اللقد من شأنه أن يمرض المريض لخطر لا يتناسب مع حالته ، مارتان ص ١٢٦ .
والواقع أن فصل الطبيب ما كان يجده ما يبره إلا إذا اقتضت الضرورة الإسراع في إجراء العملية إلتقاء حياة المريض وهو ما عنيت محكمة دويه بحكمها الصادر في ١٩/١/١٩٣١ بقية إذ قررت أن العملية التي أجراها ما كانت تقتضي أية ضرورة عاجلة .

ومن أجل ذلك أيضاً يتعم على الجراح أن يبنى بنظافة الجروح وتطهيرها حتى لا تكون بؤرة للملوى وهو ما قرره محكمة النقض في ١١/١/١٩٣٢ إذ اعتبرت الطبيب مسؤولاً عن تركه أجساماً غريبة في الجرح سببت تقيحاً أودى بحياة المريض^(١).

ليس هذا فحسب بل على الطبيب أن يحقن المريض بمصل التيتانوس في الأحوال التي تكون جروحه مشتبهاً في أمرها^(٢).

ولما كان تقدير مسؤولية الجراحين يقتضى الخوض في مسائل فنية فلا شك أن القاضى عليه ألا يخطو خطوة دون مشورة الخبراء من أعلام المهنة ، وهذا ما دعا القضاء في أحوال قد يتصور الرجل العادى وجوب مسؤولية الجراح فيها لأن يحكم بأن لا مسؤولية عليه ويقصد أن يشير هنا إلى حالة ما يسهو الجراح فيترك في جسم المريض قطعة من القطن أو الشاش أو آلة مما يستعمله فلئن بدا أن مثل هذا الفصل من جانب الطبيب يعتبر إهمالاً لا شك فيه وهو ما قرره محكمة ايتامب في ١٦ مايو سنة ١٩٣٣^(٣) فإن محكمة استئناف بيزانسون قضت بأنه إذا كان الأصل أن ترك قطعة من الشاش في جسم المريض أثناء عملية جراحية يعتبر خطأ من جانب الجراح

(١) نقض ١١/١/١٩٣٢ سري ١٩٣٢-١-١١٠ . وراجع في المسؤولية عن عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في التعقيم منقلاً لانتقال الملوى . ثالثى في ١٩/١/١٩٢٨ سري ١٩٣٢-١-١١٠ .

(٢) فلانسين ١٢/٢٦/١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣١-٢-٣٤٨ سري ٣١-٢-٢٢١ ، سافاتييه ج ٢ بند ٧٩٤ من ٤١٢ .

(٣) ايتامب في ١٦ مايو سنة ١٩٣٣ في مذكرة « D » مطبوعاً على بوردوف ٦/٧ سنة ١٩٣٣ في جازيت باليه ١٩٣٣-٢-٦١٥ سين ٦/٥/١٩٢٤ في بيل من ١٦١ ٤٤ حكم انجليزى ١٩٠٤/٦/٧ استغلال سنة ٣ رقم ٣٠٤ من ١٨٧ ، باريس ١٠/١/١٩١٢ جازيت باليه ١٩١٢-٢-٢٥ ، أميان ١٦/٧/١٩٣١ جازيت باليه ١٩٣١-١-٧٧٣ ، تورين ٣/٢٠/١٩٣٣ وتطبيق البرتوموتيل في اللجنة الفصلية ١٩٣٥ من ٩٦٦ ٤٤ بند ٤٠ سين ١٧/٢/١٩٣١ مذكور في بيل من ١٦١ .

فان دوه ٢٧/١١/١٩٢٩ « D.H. » ١٩٣٠ ملخص ٣٩ ، وهرير الخبراء في قضية سين ٥/٦/١٩٢٤ في بيل من ١٦١ ٤٤ .

الذى له من يساعده ، فإن هناك بعض عمليات لها من الخطورة الخاصة ما يوجب أجراءها بمنتهى السرعة إذ لكل دقيقة قيمتها ، ففى كانت هذه هى الحال فإن نسيان قطعة من القطن أو الشاش فى جسم المريض لا يتبر خطأ من الجراح بل مجرد حادث جراحى لا يسأل عنه الطبيب^(١) .

وليس فيما قضت به محكمة استئناف يزانسون سوى تطبيق لحالة الضرورة التى توفرت أركانها فى ظروف الدعوى^(٢) . ولئن كان الفقه قد تعرض لبحث حالة الضرورة فى دائرة المسؤولية التصيرية^(٣) فهى موجودة أيضاً فى دائرة المسؤولية العقدية^(٤) وتوفرها فى أى الحالتين يبيح للشخص أن يأتى أعمالاً فى ذاتها غير مشروعة ، كما هى الحال فى ترك قطعة الشاش فى جسم المريض ، وإنما تستمد مشروعيتها من ذلك الظرف الذى يستدعى سرعة التصرف على وجه معين إقذاً لشخص من خطر جسيم على وشك الوقوع به .

وهكذا يبين أن خطورة العملية وما تقتضيه من سرعة فى إجرائها يبرران

(١) يزانسون ١١/٧/١٩٣٢ جازيت باليه ١٩٣٤-٢-٦٩٤ ، باريس ١٦ ابريل سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٤-٢-١١ و D. H. ١٩٣٤-٣٢١ ، باريس ٢٩/١٠/١٩٣٤ D. H. ١٩٣٤-٦٠٩ و G. P. ١٩٣٤-٢-٩٠٥ وقد قررت المحكمة نفس البعد فى ظروف مماثلة ثم أشارت إلى أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطبيب وهو تطبيق للقواعد العامة فى الإثبات ، سين ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٥-١-٤٣ ، باريس ١٠/١٠/١٩١٢ G. P. ١٩١٢-٢-٢٥ ، مازو ج ١١ بند ٥١١ ص ٥٥٤ ، وراليه ص ٥٦ ، ومازان ص ١٨٨ ٤٤١٨٨ لاكس بند ١٣٣ ، وبلانش روديه ص ١٣٩ ٤٤١٣٩ خاصة ص ١٤١ ، فوزاينه ص ١٣٧ و ١٣٨ ، سافانيه ص ٤١٤ بند ٧٩٥ ، معاصرة فى السوربون للأستاذ ديبلت فى مجلة باريس أول مارس سنة ١٩١١ ص ٤٤٥ .

قرب هالسورى ج ٢٣ بند ٨٢٨ ص ٥٧٦ و ٥٧٧ .

(٢) ديموج فى التطبيق على الحكم فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص ١١٠٤ بند ٢١ .

(٣) ديموج الالتزامات ج ٣ بند ٢٤٠ . وراجع فى بحث حالة الضرورة وأثرها فى المسؤولية المدنية سافانيه ٩٨ ٤٤ ديموج ج ٤ بند ٧٢١ و ج ١ بند ٣٢٠ ، مازو ج ١١ بند ٤٩٢ ، وريير القاعدة الخفية بند ٤٦ ، لالو طبعة ١٩٢٨ بند ٤٤١١٥ لالان — حالة الضرورة فى المسائل المدنية بند ٤٤٢٦٦ دوتيدوى فاير — النفرة الطبية الصرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٢٠ .

(٤) ديموج الالتزامات ج ٦ بند ٦٢٨ .

من سلوك الجراح ما قد يعتبر في الأحوال العادية خطأ موجباً للمسئولية . والحال كذلك إذا عرّضت للطبيب ظروف شاقة لم يكن في استطاعته أن يتوقعها ولا في مقدوره أن يصل على تلافيها ^(١) . ومن ذلك ما عرّض على محكمة الطالرين في ٩/٤/١٩٢٩ في قضية نسب إلى الجراح فيها أنه تسبب بإهماله وعدم احتياطة في قتل الجنى عليه بأن أجرى له عملية فتح الكيس الأنوريزمى ولم يتم ربط الشريان الفخذى أعلاه ولا باتخاذ الطرق الطبية الفنية لإيقاف النزيف الناشئ عن العملية .

ثبت للمحكمة أن المتهم لم يفتن إلى احتمال أن يكون الورم أينوريزميا وأنه ما أقدم على إجراء العملية إلا تحت الاعتقاد بأنه ورم بسيط ، وقد قرر الطبيب الشرعى أن المتهم يئزر في تشخيصه المرض بأنه ورم بسيط ، كما شهد الدكتور رياض حكيمباشى الجراحة بالمستشفى الأميرى بأن التشخيص الذى أعطاه للمرض حسب العوارض الظاهرية وأهمها عدم وجود موجات بالورم لا يعتبر خطأ منه .

ومن أجل ذلك قررت المحكمة أن عدم استشارة المتهم وعدم استعانتة بأحد زملائه وعدم استمداده لمعملية فتح ورم أينوريزمى لا يعد إهمالاً منه ولا يوجب مسئوليته ^(٢) . أما إذا كان في إمكان الجراح أن يتوقع ما قد يمرض له من ظروف شاقة أثناء مباشرة العملية فإنه يكون مسئولاً عما يلحق للمريض من أضرار نتيجة عدم اتخاذه الحيطة اللازمة لتلافيها .

(١) مازان ص ١٨٩ ، وبلانش روديه ص ١٤٥ ،

(٢) عطالرين ٩/٤/١٩٢٩ حقوق سنة ٤٤ ص ١٦٩ ، وبرى مازان مثلاً حالة جراح قطع الشريان الموصل للرأس carotide أثناء إجراءاته عملية في يوم Leophago المريض وما كان يمكن أن ينسب ذلك إلى خطأ منه حيث ثبت أن شريان الرئيس لم يكن في موضعه الطبيعى . راجع ساهو ص ٩٧ ، دويه ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٤ و ٢٣ يولييه سنة ١٩٣٥ في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ٤٨٠ رقم ١٧ وتطبق ديموج والمحكمة قررت ألا مسئولية على الجراح إذا توفى المريض عقب نتيجته لفشود في جسمه ما كان له أن يبرهنه .

قرب هالسيورى ج ٢٧ ص ٣١٩ هامش ٢ .

حدث أن جراحاً قبل إجراء عملية الزائدة المؤدية لمريض وبعد أن طهر جسمه بالكحول لاحظ وجود بثرة بالقرب من موضع العملية فأرد أن يزيله بطريق الكي حتى لا يكون مصدر عدوى للجرح ولكن مابق من آثار الكحول اشتمل فسبب للمريض حروقا في جسمه ، ولقد أخذ على الجراح أنه أهمل في التحقق من زوال الكحول من ثنية غائرة في موضع اتصال الفخذ بالبطن إذ ما كان يصح أن تقوته ملاحظة هذا الشذوذ الظاهر في جسم المريض . لذلك يبدو لنا — خلافا لما رآه يرو — أن محكمة السين قد أصابت فيما ذهبت إليه من تقرير مسؤولية الجراح عن هذا الإهمال^(١).

وإذا كانت خطورة العملية ودقها وما يفاجأ به الجراح من ظروف شاذة في إجرائها من شأنها إعفاؤه من المسؤولية عن إهمال احتياطات توجيهها الأصول المهنية في الأحوال العادية فإن الحال كذلك أيضا إذا اقتضت الضرورة سرعة إجراء العملية في ظروف غير ملائمة^(٢).

(١) سين ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٢ سيري ١٩١٤-١٥٣-٢ وكليق يرو .
وقد جاء في حثيات الحكم :

Attendu que loin de voir une explication fortuite de l'accident dans le fait de la conformation spéciale du malade le tribunal estime que le chirurgien qui nécessairement connaissait bien cette conformation et qui devait avoir eu son attention tout particulièrement appelée sur elle n'aurait pas dû approcher le thermocautére du corps du malade, sans s'être préalablement assuré qu'aucune trace d'alcool ne restait sur aucune partie du corps notamment dans le pli inguinal anormalement profond et sous le dos cambré:...

وقد أخذ يرو على هذا الحكم أنه نسب إلى الطبيب الإهمال في التحقق من خلوص جسم المريض من آثار الكحول رغم أنه عمل على تقييفه بالطرق المعتادة ولم يلفت المريض نظره إلى ما في جسمه من شذوذ حتى يأخذ من جانبه عناية أشد تلاقياً لوقوع الضرر .
وأيد يرو رأيه بأن القضاء مستقر على أن الشخص لا يسأل عن ضرر حاق بالغير إذا لم يكن ثمة ما ينبيهه إلى احتمال حصوله واتخذ من جانبه الاحتياطات المعتادة لتلافيه .
ولقد فلت يرو أن القدر الطبي يلزم الجراح بدراسة حالة المريض وتكوينه الجسدي قبل مباشرة العملية وما كان ينتظر له أن لا يلاحظ مثل هذا الشذوذ الظاهر في جسم المريض .

(٢) دوتيدوي فابر النفرة الطبية الصرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٤٨ — ملز من ١٩٠ ،
ريبر المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٨ ص ٢٠٩ .

وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة استئناف باريس بصدور مسؤولية الطبيب الذي اضطر في سبيل تفريغ رأس الطفل أنشاء ولادة عسرة أن يستعمل إبرة فراش فاخرقت الأجهزة التناسلية للوالدة وأحدثت لها التهاباً بريتونياً أودى بحياتها .

ولما كانت محكمة أول درجة قد حكمت على الطبيب بالمسئولية قد أنشأ الحكم أمام محكمة الاستئناف التي قررت أن حالة الضرورة تبرر للطبيب أن يستعمل ما يراه مناسباً من الآلات التي توجد تحت يده ، إذ ليس أمامه إلا أن يختار بين أمرين أحلاهما مر ، فلما أن يترك الوالدة تنصر في ولادتها حتى تلفظ ألقاسها الأخيرة وإما أن ينهض لإقاذ حياتها بإجراء عملية في ظروف غير ملائمة^(١) .

ولكن الضرورة يجب أن تقاس بمقدارها فهي لا تتيح للطبيب أن يفل من الاحتياطات إلا ما يتيسر عليه اتخاذه . فلا غرو أن قضت محكمة دومفرون في ١٨٣٠/٩/٢٨ بمسئولية طبيب دعى لمباشرة ولادة عسرة فتسرع ببتزخراعي الطفل قبل أن يبذل أى جهد في تحويله وقبل أن يتيقن الضرورة التي تسوغ هذا البتر^(٢) .

وقبل أن نختم الكلام على مسؤولية الجراحين لا يفوتنا أن نشير إلى حكم قديم صدر من برلمان باريس في ١١ مارس سنة ١٧٧١ قضى بأن الجراح لا يسأل عن رعوته في إجراء عملية أمره بها الطبيب المعالج^(٣) .

ولاشك أن إعفاء الطبيب من المسؤولية رغم ما ثبت من اشتراكه في الخطأ مع الطبيب الذي أشار بإجراء العملية بعيد عن أن يتفق وما وصل اليه الفقه والقضاء الجديثين . ثم إن القول بأن مسؤولية الطبيب تنفي مسؤولية الجراح الذي لم يفعل

(١) باريس ٤ مارس سنة ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٨-٢-٤٤٩ وسيرى ١٨٩٩-٢-٩٠ وتطبيق
يبتل في كتابه ص ١١٧ ، ليون ديس في دالوز ١٩١٩-٢-٧٣ تطبيقاً على باريس ٢٢ يناير
سنة ١٩١٣ ، عابدين ١٩٠٢/١٢/٨ خوفي سنة ١٨ ص ٢٩٣ رقم ١٨٢ ، وقد حلول
الطبيب أن يرد عمله بتوفر حالة الضرورة ولكن المحكمة لم تشاركه في أنها كانت موجودة .

(٢) قارن الظروف التي صدر فيها حكم محكمة سيدان وبرلمان نانسى في ميلان تحت كلمة
جراح ثانياً ص ٦٦٢ ، ودومفرون ١٨٣٠/٩/٢٨ جازيت الهاكم ١٨٣١/٤/٢٦ .

(٣) برلمان باريس في ١١ مارس سنة ١٧٧١ ميلان تحت كلمة جراح ثانياً ص ٦٦٢ .

لأكثر من أنه نفذ ما أمر به ، لا يتفق وما يتمتع به الجراح من حرية في مزاولته مهنته ، وما يجب عليه من عناية في فحص المريض قبل أن يجري له العملية التي تقتضيها حالته^(١).

وهكذا يتضح أن الجراح مسئول عن كل خطأ يصدر منه ؛ أما إذا جنب سلوكه مواطن الخطأ فلا مسئولية عليه أيا كانت نتيجة العملية إذ يجب ألا يغرب عن البال أنه لا يضمن المريض السلامة والشفاء وإنما يلتزم بأن يبذل في علاجه عناية الجراح اليقظ^(٢).

(١) محض ٢٢ يومية سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية المدنية ج ١ ص ١١٥٦ رقم ٣٧٦ .

قارن ما يقوله ميريك تطبيقاً على إكس في ١٠/٢٢/١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ .
(٢) باريس ١١/٢٠/١٩٢٤ جازيت باليه ١٩٢٥-١-١٦٦ ، وقد جاء في حيثيات الحكم :

On ne saurait retenir comme un principe de responsabilité le fait que Misonne n'aurait pas retiré de l'opération l'avantage qu'il en attendait; que tout d'abord les experts affirment que cet insuccès est dû, en grande partie, au fait que le demandeur ne se serait pas prêté avec une patience suffisante, aux soins post-opérateurs nécessaires pour assurer un assouplissement satisfaisant du pied; mais que même si le succès n'avait pas répondu aux espérances que le professeur Cunéo avait placées dans les résultats de l'intervention, ce fait ne saurait suffire à engager la responsabilité du chirurgien devant la justice, qui doit seulement chercher s'il y a eu dans les soins donnés au malade une faute pouvant justifier l'application des dispositions écrites aux art 1382 et 1383 C. Civ. ولا مسئولية على الجراح متى ثبت أنه استعمل آلات صالحة واتبع الاحتياطات التي توجبها أصول المهنة .

محض ٣١/١٠/١٩٣٣ سيري ١٩٣٤-١-١١ ودالوز ١٩٣٣-٣٧٧ ، مصر الابتدائية ١٩٣٩ حقوق سنة ٥٤ ص ٧٨ و ٩٤ و ١٨٠ ، محض ١٨/١٠/١٩٣٧ سيري ١٩٣٨-٦-١ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٧-٥٤٩ ، وقد أعفت الطبيب من المسؤولية عن هفوة جراحية لا تطوى في ذاتها على معنى الخطأ . وقد جاء في حيثيات الحكم :

Doit être cassé l'arrêt qui relève à l'encontre d'un médecin une double faute, incision insuffisante d'un abcès dont il aurait dû prévoir les conséquences; retard à provoquer l'admission du malade à l'hôpital=

مسئولية الطبيب عن الآلات المستعملة

لا شك أن التقدم الطبي وضع تحت أيدي الأطباء آلات جديدة إن كانت لها

— dès qu'il vit l'abcès dégénérer en phlegmon profond et le menaçant alors, que si les experts commis ont considéré que le médecin avait manqué de coup d'œil chirurgicale, il ne lui ont pas imputé à faute d'avoir tardé pour faire transporter son malade à l'hôpital et ont été d'accord au contraire pour reconnaître qu'il n'y avait pas eu de sa part faute de technique médicale dans l'administration des piqûres et que l'état de délabrement du malade ainsi que la rigueur de la saison d'été (Au Maroc) avaient pu déjouer les préventions les plus raisonnées. .

راجع أيضاً الطائر الجزية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ حقوق سنة ٤٤ في ١٦٩ وهي القضية التي أشرنا إلى ظروفها آنفاً وكان من ضمن ما أخذ على الطبيب فيها أنه لم يربط الصربان الضفدي بعد إجراء الصلبة لمنع النزف ولكن المحكمة لم تر مؤاخذه على ذلك حيث ثبت لها أنه ما كان في استطاعته أن يضع رباط تورنيكيه على مركز الورم لدقة موضعه ولاستعالة الربط عند نهاية الضفد بسبب انتشار الورم .

الاسكندرية الابتدائية ١٩٣٩/٧/٨ في القضية رقم ٢٢٦ سنة ١٩٣٨ سلمى ، مونتليه ١٩٢٩/١٢/٣١ Juris Classeur civil ١٣٨٢ إلى ١٣٨٤ السئولية الطبية رقم ١٦٤ ، وردو ١٩٠٢/٧/٢٨ دالوز ١٩٠٨—١—٥٧٤ ، نفس في ١٧/١٢/١٩٣٥ جازت باليه ١٩٣٦—١—٤١١ ، ريوم ١٩٢٩/٣/٥ جازت باليه ١٩٢٩—١—٦٤٩ ، نفس في ١/٦/١٩٣٧ سيري ١٩٣٧—١—٢٧٠ ، سين ١٩٢٠/١٢/١٤ دالوز ١٩٢١—٢—٢٧ ، باريس ٢/١٢/١٩٣٧ سنة ١٩٣٥ جازت باليه ١٩٣٥/٤/١٩ ، سين ١٩٣٧/١/١٩ جازت باليه ١٩٣٧/٧/٢٠ . راجع أيضاً في الصريعة الإسلامية حاشية الطهطاوي ج ٤ ص ٢٧٦ ، ومعين الحكم ص ١٩٨ ، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٣٧ . وقال الشافعي رضي الله عنه في الأم ج ٦ ص ١٦٦ « وإذا أمر الرجل أن يحججه أو يحنن غلامه أو يبيعار دابة فتلقوا من فعله فإن كان فعل ما يفصل مثله مما يمه صلاح الفضول به عند أهل العلم بظك الصناعة فلا ضمان عليه » .

قرب متر— ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ سيري ١٨٦٨—٢—١٠٦ . ولا جرم أنه حتى يسأل الجراح لابد أن يقوم الدليل الطاع على الخطأ المنسوب إليه، فلا غرو أن عمدت النيابة إلى حفظ القضية رقم ٢٢٠ جنح مركزية مصر القديمة سنة ١٩٤٤ وتلفض وقتها بحسب أقوال والد المبنى عليه في أنه ذهب بانه إلى مستشفى نواد الأول لإجراء عملية ختان له . وقد قلم الدكتور . . . بإجراء الصلبة ولكنه لم يعم بإجرائها طبقاً للأصول الفنية فقطع جزءاً من قضيب للمبنى عليه .

قرر الطبيب المرمعي أن حالة المبنى عليه نشأت عن عدوى ميكروبية وأن هذه العدوى قد تكونت بسبب عدم الناية بضم موضع الصلبة أو الآلات التي استعملت وقد تكونت نتيجة عبت المريض همه بكمال الصلبة أو بالتغيرات التي عليها .

فألتفتا فلها أيضاً دقتها وخطورتها على أى أساس يمكن أن تقوم مسئوليتهم عن استعمالها ؟

ثار البحث فى فرنسا فيما إذا كانت المادة ١٣٨٤ قرة أولى تنطبق على الأطباء أو بعبارة أخرى فيما إذا كان من الممكن اعتبارهم مسئولين لجرد إصابة المريض بالضرر من جراء الآلات التى يستعملونها .

ولم يمد الأمر مجرد بحث نظرى بالنسبة لنا بعد أن نصت المادة ١٧٨ من القانون الذى الحديث على أن كل من تولى حراسة آلة ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولاً عما تعده هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه .

والواقع أنه طالما كانت المحاكم تعتبر مسئولية الأطباء تقصيرية فلم يكن هناك بد من إخضاعهم لحكم المادة ١٣٨٤ قرة ١ متى توفرت شروطها^(١) لا سيما بعد أن قررت الدوائر المختصة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ أن تلك المادة تضع على عاتق حارس الشيء قرينة بالمسئولية ، لا فرق فى ذلك بين أن يكون الضرر راجعاً لعيب فى ذات الشيء أو فى استعماله^(٢) ، ولا بين أن يكون الشيء خطراً أو غير خطراً^(٣) ، محركا بيد الإنسان أو متحركا بقوة الذاتية^(٤) ؛ وهكذا فإن المادة ١٣٨٤ قرة أولى تطبق على الطبيب كلما استعمل آلة لها دور

(١) دمج البطة الفصلية سنة ١٩٣٣ من ٨٧٨ بند ١١ .

قانون يجل من ٣٠ قق والنقرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣٥ من ٤٥٠ .

عكس هوجبى النقرة الطبية الشرعية ١٩٢٨ من ١١٩ قق فى المسئولية عن الأشياء الجلدية ومطبيقاتها فى الطب ، لاكاس بند ١٠٦ .

(٢) مازو بند ١١٥٣ و ١٢٠٩ و ١٢١٥ قق .

(٣) مازو بند ١١٥٣ و ١٢٠٩ و ١٢٢٧ قق سنهورى الالتزامات بند ٣٦٥ و ٣٧١ .

بند ٣٦٩ .

عكس ريبير مذكور فى مرعى بند ٢٦٠ ، حشمت أبوستيت نظرية الالتزام بند ٥٢١ و ٥٢٣ .

(٤) مازو بند ١١٥٣ و ١٢١٥ قق و ١٢٣٠ و ١٢٤٠ ، سنهورى الالتزامات بند ٣٦٥ و ٣٦٩ حشمت بند ٥٢١ و ٥٢٣ .

إيجابي في إحداث الضرر^(١)، إذ أنه يعتبر حارساً للآلات التي يستعملها في علاج مرضاه^(٢). إنما يجب عدم الخلط بين فعل الطبيب وفعل الآلة فلا ينسب الضرر لفعل الآلة إلا إذا أثبتت من حراسة الطبيب وخرجت عن أن تكون آلة سلبية في يده. حقاً إن الطبيب هو الذي يحركها ومن ثم لا يتصور أن يكون لها فعل مستقل استقلالاً تاماً عن نشاطه ولكن متى بدأ بتحريكها فإنه لا يحتفظ دائماً بسيطرته عليها وكثيراً ما تمتد غرضه من استعمالها فتصيب المريض بأضرار لم يكن يقصدها^(٣).

لا غرو إذن أن قررت محكمة إيتامب في ١٦/٥/١٩٣٣^(٤) أنه مع عدم ثبوت أى خطأ من الجراح فإنه يعتبر مسئولاً إذا ترك قطعة شاش في جسم المريض أثناء العملية، لأن قطعة الشاش تعتبر في حراسته. وقد انتهت المحكمة مع ذلك إلى استبعاد تطبيق المادة ١٣٨٤ لعدم تمسك المدعى بها.

كذلك محكمة مورليه في ١٧/٥/١٩٣٣ بعد أن ردت المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ طبقت المادة ١٣٨٤ فقرة أولى على الأضرار التي لحقت للمريض من استعمال الأشعة وإن كانت حثيثاً الحكم تشعر أن المحكمة أخذت على الطبيب أيضاً خطأ شخصياً يرجع إلى تعريض المريض لجرع من الأشعة تتجاوز حد احتمال^(٥).

(١) راجع مازو بند ٨/١٢١١ في اشتراط أن يكون الشيء دور إيجابي في إحداث الضرر حتى يسأل عنه الحارس بمقتضى المادة ١٣٨٤ فقرة أولى.

(٢) راجع مازو بند ١٢٦٨ فقرة أخيرة وعلمش ٣ و ١٢٧٠ في الآخر وعلمش ١٩. "وقارن اسكندر فالمارسكو — المجلة الطبية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦.

(٣) قرب مازو بند ١٢١٥ و ١٢٤٥ ؟؟

(٤) إيتامب ١٦ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣-٢-٦٢٠.

(٥) مورليه في ١٧ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣-٢-٢٥٧. والقريب في هذا الحكم أنه بعد أن قرر أنه لا عبرة بطبيعة الشيء وما إذا كان الإنسان هو الذي يحركه أم لا فرق بين آلات الأشعة ومعط الجراح حيث جاء فيه.

Attendu qu'en l'espèce il s'agit d'un cas de responsabilité médicale tout particulier et qui n'a rien de commun avec le coup de stylet

أما محكمة ليون في ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ فبعد أن قررت أن المادة ١٣٨٤
قرة أولى عامة التطبيق أضافت بأنها لا تطبق على مشروط الجراح إذ هو آلة في
يده لا ينفك عنها ولا يتصور أن يشمله الالتزام بالحراسة أكثر مما يشمل اليد
فاتها ولكن المادة تنطبق على الآلات التي لها آثار ذاتية وإن كان الإنسان هو الذي
يحركها كآلات الأشعة وذلك بشرط ألا يكون النرض من استعمالها علاجياً^(١) .
بل إن محكمة ريمس في ١٦ مارس سنة ١٩٣٦ طبقت المادة ١٣٨٤ قرة أولى
في حالة العلاج بأقراص أو كسي سيانور البوتاس إذ قررت أن استعمال هذا الدواء
السام لا يكون إلا بأمر الطبيب فهو الحارس عليه بحيث إذا عهده به الى عمرضة
مهلة يكون قد قصر في القيام بالتزامه بالحراسة^(٢) .

== malheureux du chirurgien, le stylet n'étant en quelque sorte que le
prolongement de la main de l'opérateur auquel il obéit et qui est inti-
mement lié à son adresse et à sa dextérité si bien qu'il est usuel de
parler du tour de main plus ou moins habile de tel ou tel chirurgien;
qu'oi le médecin met en action une machine qui, mise en mouvement,
continue seule son mouvement, machine singulièrement délicate et qui,
produisant des résultats heureux peut en déterminer de terriblement
mauvais si le mécanisme est vicié, ou si l'entreprise est mal conduite...
وهذا الحكم يبدى الى الذهن تلك التفرقة المندثرة بين الأشياء الصماء والأشياء ذات القوة
المتحركة . (راجع مازو بند ١٢٤٠) وقد ألقى بحكم استئناف رن في ١٤/١١/١٩٣٤
جازيت باليه ١٩٣٥-١-١٠٤ الذى تأيد من محكمة النقض في ١٥ يونية سنة ١٩٣٧ سبرى
١٩٣٨-١-٥ جازيت باليه ١٩٣٧-٢-٤١١ . راجع تعليق ديموج على هذا الحكم فى
المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٨٧٨ بند ١١ وراجع فى انتقاد هذا الحكم وانتقاد تطبيق المادة
١٣٨٤ فقرة أولى على الأطباء بوجه عام : J. Étiot. La responsabilité des médecins :
radiologistes n'est pas différente de celle des autres médecins.

وهذا المثال منشور فى النشرة الطبية الصربية سنة ١٩٣٤ ص ٢٠٣ .
(١) وهذا الحكم سبرى عليه قس الانتقاد الذى وجهناه لحكم مورليه السالف اليان إذ
أنه فرق بين مبرر بين آلات الأشعة ومشروط الجراح (جازيت باليه ١٩٣٥-١-١٤٤)
ولقد ألقى هذا الحكم أيضاً بحكم محكمة النقض فى ٢٧/٥/١٩٤٠ بمجموعة أحكام محكمة النقض
سنة ١٩٤٠ ج ١٤٧ رقم ٧٥ ص ١٤٧ وفى دالوز الأسبوعى ١٩٤٠ ص ١٢٩ وراجع فى التطبيق
على الحكم ديموج فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٨٢٦ بند ١٤ .
(٢) ريمس ١٦ مارس سنة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٦-٢-٦٧٥ .

ولمّا تلقى من هذه الأحكام مقدار ما كانت تشعر به المحاكم من حرج في تطبيق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى على الأطباء فهي بين التي تقرر القاعدة ثم تنهى إلى عدم تطبيقها، أو تطبيقها ثم تنسب خطأ شخصياً تنسبه إلى الطبيب كما لو كان الاستناد إلى المادة ١٣٨٤ غير كاف لتبرير مسؤوليته، أو تقرر القاعدة ثم تندفع في تفسيرات لا مبرر لها ولا سند لها من القانون، وإلا فكيف تسوغ التفرقة بين مشرط الجراح وآلة الأشعة^(١)، أليس في ذلك عود إلى التفرقة التي نبذتها محكمة النقض بمحكمها الشهير الصادر في سنة ١٩٣٠ والذي قررت فيه أن المادة ١٣٨٤ تربط المسؤولية بحراسة الشيء لا بالشئ ذاته، ثم أى اعتبار قانونى يسوغ التفرقة بين ما إذا كان الغرض من استعمال آلة الأشعة علاجياً أو مجرد تصوير جزء من جسم المريض^(٢).

لسنا نرى في ذلك إلا الحرج من تقرير قاعدة عامة تشعر المحكمة بما بينها وبين مسؤولية الأطباء من ثور. وليس ذلك إلا دليلاً على ما هنالك من شذوذ في تطبيق القواعد العامة على مسؤولية مهنية تقوم على اعتبارات إن لم تكن تدفعها إلى اتجاه مضاد لاتجاه المسؤولية العادية، ذلك الاتجاه الذى لم يحد عنه تطور المسؤولية

ولا يفتونا أن نغير إلى أن هذا الحكم ردد التفرقة المتبعة بين الأشياء الخطيرة في ذاتها وغير خطيرة وهي تفرقة نبذتها محكمة النقض لأن مناط المسؤولية الشئيه ليس في ذات الشيء بل في حراسته. (راجع تحليل القضاء الفرنسى - مازو بند ١٢٢٨ ٤٤) حقاً إن أنصار هذا المعيار يربطونه بشكرك الحراسة ولكنهم أخطأوا في فهم معنى الحراسة (مازو بند ١٢٠٩) إذ المقصود بها الالتزام القانونى بالمحافظة على الشيء لا مجرد البصرة عليه. فالعبرة بالحراسة القانونية المبني على حق الاشراف على الشيء وتوجيهه لا بالحراسة المادية ومن ثم فهي متصورة بالنسبة لجميع الأشياء بغض النظر عن خطورتها (مازو بند ١١٥٨ ٤٤؛ ١١٨٧ و ١٢٣٥). ولعمري إن العودة لثل هذه التمييزات المبهورة لأكبر دليل على ما تشعر به المحاكم من حرج في تطبيق مادة أوحى إلى التوسع في تفسيرها اعتبارات بعيدة عن أن تتفق مع الأسس التي يجب أن تبني عليها المسؤولية الطبية.

(١) راجع في مسؤولية الجراح طبقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى إذا تعدى مشرطه إلى عضو لم يقصد الساس به (مازو ١٢٧٠ فقرة أخيرة وعلمش ١٩).

(٢) راجع في انقضاء التفرقة بين استعمال الأشعة بقصد التصوير ولتسليمها بقصد العلاج؛ بلانتي ووديه ١٢٦ و ١٢٧.

من ضمان إيصال التصوير إلى اللهاب بشق الطوق ، فهو أقرب إلى التوفيق بين الصالح المختلفة منه إلى تنسيق مصلحة المصاب — هذا الاتجاه هو تحقيق التوازن بين صالح الطبيب وصالح المريض ، صالحيان لا تلوض بينهما بل هما متضامنان إذ أن إقتال كاهل الطبيب يشل نشاطه في العلاج ويمود على مريضه بأبلغ الضرر ، كما أن أن إعظامه من تبعه قصيره يفقد المريض ثمنه في المهنة الطبية ويمحط من مستواها ويحرم الأطباء من مصدر رزقهم .

وإذا كان مفهوماً أن يتحمل الشخص تبعه الأشياء التي يستفيد منها والتي يعنى خيرها فإنه لا يفهم كيف يسأل الطبيب مسئولية مادية عن الآلات التي يستعملها لعلاج المريض الذي يشاء حظه التمس إلا أن يصبح مجنياً عليه منها . لا غرو إذن أن مالت المحاكم ، حتى قبل أن يقرر اعتبار المسئولية الطبية عقدية ، إلى الخروج بها عن حكم المادة ١٣٨٤ قرة أولى التي لا تتحمل كاهل الطبيب فحسب بل تضعه في مركز شاذ إذ يصدر عليه غالباً نفي المسئولية بإثبات القوة القاهرة ، فيظل مسئولاً عما يلحق المريض من أضرار قد تكون راجعة إلى التطور الطبي لمريضه ، وفي ذلك غلو كبير وإفراط في تحميله مسئوليات لا قبل له بتحملها^(١) .

وتدور الاعتبارات التي استندت إليها المحاكم في استبعاد تطبيق المادة ١٣٨٤ قرة أولى على الأطباء فيما يلي :

أولاً — قيل إن الضرر الذي يصيب المريض ليس في الواقع من فعل الشيء الذي استعمله الطبيب بل من فعل الطبيب نفسه إذ لا يمكن أن يكون هناك فعل للشيء إلا إذا خرج عن إشراف حارسه ولم يكن آلة سلبية في يده ، ولكن عند ما يصيب المريض ضرر من آلة يستعملها الطبيب فإن تلك الآلة تبدو أن تكون وسيلة في تنفيذ إرادته كأصابعه تماماً ، ومصدر الضرر خطأ في استعمالها أى إهمال أو تقريط من الطبيب^(٢) .

(١) لاكس بند ١٠٥ — ناست في دالوز ١٩٣٢-٥٠٢ .

(٢) ناست تعليقاً على أكس ١٦ يولية سنة ١٩٣١ في دالوز ١٩٣٢-٥٠٢ ، يظل من ٣١ ، لاكس بند ١٠٧ ، بلاتش رودييه من ١٧٤ و ١٧٥ ، يلو — مسئولية أطباء الأشعة من

وهذا القول فيه تناقل عن حقيقة جوهرية وهي أنه لا يتصور أن يكون للشيء الجاعل فعل مستقل استقلالاً تاماً عن فعل الإنسان، إذ الإنسان هو الذي يحرك الشيء^(١)، ومع ذلك لم يقل أحد أن الشيء لا يمكن أن يكون سبباً للضرر. فتي توافرت علاقة السببية بين الشيء والضرر ومتى أمكن القول بأن لفعل الشيء دوراً إيجابياً في إحداثه^(٢) فإنه لا يصح استبعاد المادة ١٣٨٤قرة أولى إلا إذا ثبت أن الطبيب قد تعمد حصول الضرر، إذ في غير هذه الحالة يكون الشيء قد تسددت آثاره ما قصده الطبيب ومن ثم يكون قد خرج عن حراسته^(٣).

ولما كانت هذه الحجة لا تصمد للنقد قد أضافت إليها المحاكم حجة أخرى إذ قررت،

ثانياً — أن المريض وقد قبل من الطبيب استعمال الآلات أو الأجهزة التي استعملها في علاجه يعتبر مشتركاً في استعمالها وقابلاً للمخاطر المادية الناشئة عنها^(٤) ومن ثم لا يستفيد من القرينة المستمدة من المادة ١٣٨٤قرة أولى^(٥).

== لا تختلف عن مسؤولية سائر الأطباء في النمرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ من ٢٠٣:٤٤
ميوت — فكرة الحراسة في المسؤولية عن الأشياء المملوكة من ٤٣٠:٤٤ وراجع مقرراته محكمة
في ١٩ مارس سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥-١-٩١٥ بخصوص شرط الجراح، وكانت
في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت باليه ١٩٢٥-١-٥٥٣، ونجاست ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨
وتطبيق فالبارسكو في المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ من ٧٣٦، ومورلي في ١٧/٥/١٩٣٣
جازيت باليه ١٩٣٣-٢-٢٥٧.

(١) مازو بند ١٢١٦:٤٤.

(٢) مازو بند ١٢١١/٨.

(٣) مازو ١٢٤٨ و ١٢٥٦ و ١٢١٥.

(٤) راجع في قبول المريض لمخاطر العلاج مازو بند ١٤٨٥:٤٤ إلى ١٥٠١.

(٥) سين ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠-١-٤٣٧، مرسيليا ٥ مايو
سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠-٣٨٩، سين ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٠ الأسبوع القانوني
١٧ يونيو سنة ١٩٣٤ من ٥٨٤، أكس ١٦/٧/١٩٣١ دالوز ١٩٣٢-٢-٥ وتطبيق تاست،
دوية ٢٦ مارس سنة ١٩٣٤ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ من ٦٠٩ وسنة ١٩٣٧ بند ١٤ من
تطبيقات ديوج من ٨٢٦:٤٤ رن ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٤-١-١٠٤
وتطبيق ديوج في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ من ١٣٥:٤٤ بند ٦، رن ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥
جازيت باليه ١٩٣٦-١-٢٥٧ وتطبيق ديوج في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ من ١٨٦ رقم ٢٥==
٢٣ (أ ب ر)

وهذه الحجة بدورها غير وجيهة ففضلا عن أن القضاء لم يستند إلى فكرة الاشتراك في استعمال الشيء لكي يستبعد المادة ١٣٨٤ قرة أولى إلا في حالة الاستعمال الجاني ، فإنه حتى في هذه الدائرة الضيقة لم يجد من الناحية القانونية ما يبرر هذا الاستبعاد حتى حق المازو أن يصف هذا القضاء بأنه عمل برتورى^(١). وإذا كان الأمر كذلك فليس بمستغرب أن يحصل التوسع في فكرة تنقرا إلى سندها من حيث القانون^(٢). فلا غرو إذن أن انتهى القضاء إلى ما كان يجب أن يتنبه إليه منذ البداية فقرر ،

ثالثا — أن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية تنفي بذاتها إمكان تطبيق المادة ١٣٨٤ قرة أولى^(٣) إذ العبرة في دائرة المسؤولية العقدية بمدى

== برجر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٧ القهرس الطبي في أبريل سنة ١٩٣٧ ، نفس ١٥ يونية سنة ١٩٣٧ سبى ١٩٣٨-١-٥- جازيت باليه ١٩٣٧-٢-٤١١ ، ساهو ص ١١١ ، مجموع المحلة الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ١٣٥؟؟؟ بند ٦ ، مذكرة ريبير تطبيقا على نفس ٢٧ مارس ، سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨-١-١٤٥ ، لاكاس بند ١٠٥ و ١٠٦ ، ديوران بند ٣٣ ص ١٠٢؟؟؟ ناست في دالوز ١٩٣٧-٢-٥ ، بلانش روديه ص ١٣٣ في الآخر ، سافانييه ج ٢ بند ٧٩٧ والحال بالمثل للسافر بالجبان الذى اشترك بغير أجر في استعمال السيارة . نفس ٩ يناير ١٩٢٦ في دغلو ص ١٦٨ .

(١) مازو بند ١٢٨٧ .

(٢) مازو بند ١٢٩٠ و ١٢٩٣ و ١٢٧٤ .

(٣) بخارست ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ وتطبيق فاليرسكو في المحلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٧٣٦ ، سين ١٩٣٠/١/٣٠-١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠-١-٤٣٢ ، مرسيليا ١٩٣٠/٥/٥-١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠-٣٨٩ ، اكس ١٩٣١/٧/١٦ دالوز ١٩٣٢-٢-٥ وتطبيق ناست وسبى ١٩٣٧-١-٢٣١ ، زين ١٩٣٤/١١/١٤ جازيت باليه ١٩٣٥-١-١٠٤ ، بلفور ١٩٣٤/١٢/١٩ جازيت باليه ١٩٣٥-١-٩١٩ تحت هامش ب ، زين ١٩٣٥/١٢/٥ جازيت باليه ١٩٣٦-١-٢٥٧ ، سين ١٩٣٦/٥/٢٥ جازيت باليه ١٩٣٦-٢-٢٧٥ ، روجراك ١٩٣٧/٢/٢٤ القهرس الطبي أبريل سنة ١٩٣٧ ، نفس ١٥ يونية سنة ١٩٣٧ سبى ١٩٣٨-١-٥- و جازيت باليه ١٩٣٧-٢-٤١١ ، نفس أول يولية سنة ١٩٣٧ سبى ١٩٣٨-١-٦- ورج ١٩٣٨/٢/٢ جازيت باليه ١٩٣٨-١-٧٢٣ ، نفس ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ دالوز الأسبوعى سنة ١٩٤٠ ص ١٢٩ ودالوز للاقتصادى قسم القضاء ص ٥٣ وتطبيق ناست وهو يؤيد الحكم فيذهب إليه من استبعاد المادة ١٣٨٤/١ ، مازو بند ==

الالتزامات للتباعدة التي يحويها القعد^(١). فمما قررت محكمة مرسيليا في ٥ مايو سنة ١٩٣٠^(٢) إن الاتفاق الحاصل بين الطرفين من شأنه أن ينير من سبب المسؤولية التي يتعرض لها من يستعمل الشيء فلن يكون مسئولاً بوصفه حارساً بل باعتباره متحملاً لمسئولية استعمال الشيء قبل الطرف الآخر.

وإذا كان الطبيب يضمن سلامة الآلات التي يستعملها فإنه يبرأ من هذا الالتزام إذا أثبت أن عدم معرفته بالعيب الذي لحق بالآلة يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، ففي هذه الحالة يعتبر عيب الآلة من الأخطار العادية التي يتحملها المريض

== ١٢٦٥ و ١٢٦٨ و ١٢٧٦ و ١٢٩٠، دعوى الحجة القصيلة سنة ١٩٣٣ من ٨٧٨ بند ١١ وسنة ١٩٣٥ من ١٣٥؛ بند ٦، ديوران — مخالفات عدم المسؤولية بند ٣٣ من ١٠٢؛ لالو طبة ٢ بند ١٢٧٨؛ مازو في المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأطباء — مذكرة تطبيقاً على قض ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ سيمى ١٩٣٧-١-١٣٧، ريبير في دالوز ١٩٢٩-١-١٢٩، ديموج ج ٥ بند ١١٣٣، فان رين المسؤولية التقصيرية والتعاقدية بند ١٧٣، بلانش روجيه من ١٧٧.

قرب سافانيه ج ٢ بند ٧٩٧.

عكس دوندويدي فاير في النشرة الطبية الصرعية سنة ١٩٣١ المسؤولية الطبية من ٤١٥. وراجع في استبعاد المادة ١٣٨٢؛ بوجه عام في البائرة العدية. قض ٢٢ يونيو سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١-٥٠٦، ٨ مارس سنة ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٨-١-٧٦ وتطبيق سافانيه ٩ يناير سنة ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠-١-٤٩ وتطبيق «L.R.» وجوسران في دالوز ١٩٢٧-١-١٠٥، وقض ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨-١-١٤٥ وتطبيق ريبير وبالعكس راجع في تطبيق المادة ١٣٨٥ في البائرة العدية. قض ٩ مارس سنة ١٨٨٦ سيمى ١٨٨٦-١-٢٤٤، وقض ٢٥ يونيو سنة ١٩١٤ سيمى ١٩١٦-١-٢٥٠.

(١) هنا على الأقل صحيح في أغلب الحالات، أما في الحالات التي تقفل فيها مسؤولية الطبيب شخصية فلنستأمر مناساً من إمكان تطبيق المادة ١٣٨٤ فترة أولى فيها وإن كان هذا التطبيق من شأنه أن يوجب التزام الطبيب من التزام بوسيلة إلى التزام بنتيجة وهو لإفراط في تصور التزامات الطبيب وخروجها عن طيبة المهنة التي يزاولها ولكنه الثمن الذي يتحمله المصالح من تطبيق قصور جامدة لم توضع لتطبق على مسؤولية مهنية تختلف طبيعتها عن المسؤولية العادية. راجع مازو بند ١٢٦٨ الفترة الأخيرة والمواش وبند ١٢٧٠ الفترة الأخيرة وهاشم ١٩٠٠. عكس إسكندر فاليرسكو في المجلة القصيلة من ٧٣٦ سنة ١٩٣١، ونيجر من ١٣٧؛ ٤٤ خاصة من ١٤٠ و ١٤١ وهي ترجع استبعاد تطبيق المادة ١٣٨٤ فترة أولى على الأطباء إلى اعتبارات أدبية.

(٢) مرسيليا ٥ مايو سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠-٣٨٩.

بقبوله العلاج ، وهو ما قرره محكمة نانت في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ إذ أغت الطيب من المسئولية عن القرحة التي أصابت المريض من جراء إشعاعات ضارة أنبثت من آلة الأشعة ولم يكن أمرها معروفاً في الوقت الذي باشر فيه الطيب العلاج^(١) .

وإذا كانت المادة ١٣٨٤ قرة أولى لا تطبق في العلاقة بين الطيب والمريض فهل معنى ذلك أن المريض هو الذي يتحمل عبء الإثبات ؟

لا شك أن التزام الطيب لا يعدو أن يكون التزاماً بوسيلة فحى تقوم مسؤوليته لا بد أن يثبت أنه قصر في بذل العناية المطلوبة منه وعبء الإثبات يقع بطبيعة الحال على المريض لأنه هو المدعى^(٢) . ولكننا نعلم أيضاً أن القضاء درج على تحميل بعض القود^(٣) بالتزامات محددة يعتبر عدم القيام بها خطأ تصادفياً ، فوفر بذلك على المدعى مؤونة البحث في سلوك المدعى عليه لإبراز وجه الخطأ فيه واكتفى منه بإثبات أنه لم يصل بالتزامه إلى النتيجة المنشودة فهل كان للمسئولية الطبية نصيب من هذا القضاء ؟

لسنا بذلك نقصد أن يلتزم الطيب بشفاء المريض ولكن هل هناك ما يمنع من أن يضمن سلامة جسم المريض أثناء تعريضه لأشعة إكس أو أثناء مباشرة عملية معينة ؟

يبدو أن ذلك ما قضت به محكمة بلفور في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤^(٤) إذ أنها مع استبعادها للمادة ١٣٨٤ قرة أولى قررت أن الطيب يظل مسؤولاً عن فعل الآلات التي يستعملها حتى يثبت القوة القاهرة . ولا شك أن في ذلك غلواً كبيراً في تصوير مدى التزامات الطيب، ويبدو أن المسئولية الطبية تد اصطبغت بالتفاوض

(١) نانت ٢٠ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت باليه ١٩٢٥-١-٥٥٣ ، رين ١٩٣٥/١٢/٥ .
جازيت باليه ١٩٣٦-١-٢٥٧ .

(٢) قارن مع ذلك ما زان من ٢٠٦ ؟؟

(٣) راجع في عقد النقل مثلاً نفس ١٩١١/١١/٢١ دالوز ١٩١٣-٢-٢٤٩ .

(٤) بقرور ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ جازيت باليه ١٩٣٥-١-٩١٩ تحت هلمش ب .

نتيجة الخلط بين فكرة المسؤولية المبنية على الخطأ الثابت والمسؤولية المبنية على فكرة الضمان .

١ - المسؤولية المبنية على الخطأ الثابت

الطبيب لا يسأل إلا عن خطأ ثابت قام الدليل عليه ولا يكفي لافتراض الخطأ في سلوكه أن تكون الظروف التي أصيب فيها المريض بالضرر مما يرجع معه أن يكون الضرر راجعاً إلى خطأ منه .

ولو أن وضع مثل هذه القرينة كان لازماً لتحقيق العدالة فليس السبيل إلى ذلك التوسع الأعشى في تحميل الطبيب بالتزام بالضمان بل استقراء الحوادث على هدى الأصول العلمية ، فإن ثبت أن مثل الضرر الذي حاق بالمريض ما كان ليحصل لو اتبعت أصول الفن ، جاز وضع قرينة بمسؤولية الطبيب ، أما إن ثبت من استقراء الحوادث أن مثل الضرر الذي أصيب به المريض لا يمكن تلافيه في جميع الأحوال فلا يعنى المريض من عبء إثبات الخطأ حتى لا يتحمل الطبيب مخاطر العلاج على غير ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة .

٢ - المسؤولية المبنية على فكرة الضمان

لسنا في حاجة إلى بيان أن الطبيب لا يلتزم بنتيجة ما ، فلئن كان يلتزم باستعمال آلات في حالة صالحة ويسأل عن حسن استعمالها في حدود ما تقضى به الأصول العلمية فهو لا يقدر أى التزام بضمان نتائج هذا الاستعمال ؛ فأخطار العلاج يتحملها المريض ليس فقط لأنه قبلها بل لأنها مظهر أو امتداد لأخطار المرض ، فإن نحن حملنا بها الأطباء سوينا بين الكفاء منهم وغير الكفاء وقضينا على الناحية الأدبية في المسؤولية الطبية وقوضنا أركانها . ولن نجد الطبيب في نظام التأمين^(١) ما يوضعه عن خسارة تكاد تكون محتومة ، إذ أن مجرد تعرضه للقضاة

(١) قيل إن تأمين الأطباء ضد أخطائهم أمر غير مشروع بخلافه في ذلك شأن اشتراطات عدم المسؤولية ولكن الفقهاء لم يفتوا عند هذا الاعتراض بل أجازوا فكرة التأمين . راجع دوديتو دي فابر في المقترة الطبية المرمية سنة ١٩٣١ ص ٤٧٣ ، وقض ١٨٩٣/١٢/١٢ سيمى ٩٦-٩١ .

في ذاتها يهدد سمعة الفنية ومركزه الأدبي ويضع في كفة الميزان مجهود سنين طوال قضائها في خدمة المهنة .

وإذا لم يكن بد من أن ترفع عن عاتق المريض تبعة مخاطر العلاج فليس السبيل إلى ذلك تحميل الطبيب بها بل نشر فكرة التأمين بين المرضى ، فإن كل مريض يقبل على إجراء عملية أو تحمل علاج ينطوي على بعض المخاطر يستطيع أن يؤمن على نفسه ضد هذه المخاطر فتتحمل بها شركة التأمين ما لم يثبت على الطبيب خطأ يوجب المسؤولية^(١) .

وهكذا يبقى الطبيب خاضعاً للقواعد العامة فلا يتعرض لقرائن تهدد نشاطه ولا يتحمل تبعة أخطار ليست راجعة إلى خطأ منه .

مسئولية الأطباء عن فعل المساعدين

كثيراً ما تقضى حالة المريض أن يستعين الطبيب بغيره من الأطباء أو المرضين فهل يسأل هو عن أخطائهم ؟

لا شك أن الطبيب يظل مسئولاً عما يثبت في حقه من أخطاء شخصية لدى استعانته بالغير ، فالطبيب الذي يهمل مراقبة المرضين في عملهم حيث يجب هذه المراقبة^(٢) ، أو الذي يكلف المرضين بعمل فيه أهمية وخطورة خاصة في العلاج

(١) راجع في عرض فكرة التأمين من جانب المرضى والدفاع عنها برزارد في النشرة الطبية العربية سنة ١٩٣٠ ص ٥٥٤ ، وكروزون وهنري ديزوال في النشرة الطبية العربية ١٩٣١ ص ٥٥ .

(٢) نيم ١٢/٨/١٩٢٠ ومقالة فردان في النشرة الطبية العربية سنة ١٩٣٤ ص ١٠٤ و١٠٥ وتلخص ظروف هذه القضية في أن إحدى المرضات كلفت بإعطاء حقن ستركتين لثلاثين كاتنا مريضين بالتيفويد ولكنها أهملت تعقيم الإبرة ففشأت للمريضتين خرايج في عمل الحفن انتهت بوفاتهما .

قررت المحكمة أن إعمال للمرضة مع تكرار حصوله ما كان ليصح أن يفوت على الطبيب المتابع ومن ثم كان من واجبه بمجرد تبين هذا الإهمال أن يتخذ الإجراءات الكفيلة بمنع وقوعه .

راجع أيضاً حكماً لإحدى المحاكم الإنجليزية في ٧ يولية سنة ١٩٠٤ استغلال سنة ٣ ص ١٨٧ .

فون أن يتأكد بنفسه من سلامة عمل المرض^(١)، وبالأولى الطبيب الذى يكلف المرض أو أى شخص غير حائز على المؤهلات الطبية اللازمة بعمل ما يجب أن يقوم به بنفسه^(٢) يتبر مقصراً ويسأل شخصياً، وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى مدى بعيد فى هذا النوع من المسؤولية بالنسبة للجراحين فيما يتعلق بالفقرة التى يكون فيها المريض تحت تأثير المخدر، فعضى بأن الجراح يسأل شخصياً عن أى خطأ صادر منه أو من مساعديه يصيب المريض بضرر أثناء غيبوته بسبب التخدير، واعتبرت محكمة باريس^(٣) الجراح مسئولاً إذا ترك للمرض أمر وضع حافظات الماء الساخن تحت أقدام المريض حال غيبوته عقب إجراء عملية جراحية ولم يراقب بنفسه درجة سخونة الماء بحيث نشأت عنها حروق للمريض أثناء تلك التسيب، وقد بنت محكمة الاستئناف حكماً هذا على أن المريض من وقت وضعه تحت تأثير المخدر إلى وقت إيقاظه يتبر فى حالة تحتاج من الطبيب إلى أكبر جانب من اليقظة، وإلى أن يباشر بنفسه كل ما يجب نحو المريض، أو على الأقل يحتاج إلى أن يراقب تماماً كل عمل يعمل للمريض من المساعدين. أما إذا لم يثبت على الطبيب خطأ ما فهل يسأل عما يصدر من مساعديه من أخطاء؟

(١) حكم فرسلى ذكره فردات فى مقاله المنشور بالفترة الطبية الصرعية سنة ١٩٣٤ ص ٩٦ و ٩٥ تحت عنوان مسؤولية الأطباء عن فعل مساعديهم. وتلخص ظروف القضية فى أن طبيباً كلف إحدى الممرضات تحضير دواء سام فى معمله ولم يتأكد قبل تقديمه للمريض من أن السموم المعدنية لم تتجاوز الحد الذى لا يضر منه المريض. وقد مات المريض فعلا بتأثير السموم التى تم جمعها. ايمان ١٩٣٥/٧/٢ فى ديپلوم ١٥٠.

(٢) بوردو ٢٢ يونية سنة ١٨٩٨ سبرى ١٩٠٩ - ٢ - ٤٩ تحت هامش ١، بوردو ٦ نبرابر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ٢ - ٤٧٠، بوردو ٢٣ يونية سنة ١٩٢٤ مذكور فى دونديوى فابر الفترة الطبية الصرعية سنة ١٩٣١ ص ٤٥٤ وقد قررت المحكمة أنه إذا كان يؤخذ على الطبيب أنه عهد بإعطاء البنج إلى شخص غير حائز على إجازة الطب فإنه حتى تقوم بمسؤوليته لا بد أن يثبت أن وفاة المريض كانت راجعة إلى النفس فى خبرة الشخص الذى أعطى البنج أو العصور فى العناية التى بذلها. س م ٢ يناير سنة ١٩٣٩ محاماه سنة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ مجموعة رسمية سنة ٣٧ رقم ٩٣ ص ٢٦٠، سافاتييه ج ٢ بند ٧٨٩ ص ٤٠٧.

(٣) باريس ٤ يوليو سنة ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٣ - ٢ - ١١٣ وتطبق لالو ودالوز الأسبوعى ١٩٣٧ - ٤٥٠.

يبحث بنا أن نفرق بين الطبيب الذي يعمل لحسابه الخاص والطبيب الذي يعمل في إحدى المستشفيات العامة أو الخاصة .

أولاً - الطبيب الذي يعمل لحسابه الخاص :

رأينا في دراسة طبيعة المسؤولية أن الأصل أن تكون مسؤولية الطبيب عقدية ومع ذلك فإن المحاكم تلمست أسباب مسؤولية الطبيب عن فعل مساعديه في المادة ١٣٨٤/١٥٢^(١) فخلطت بذلك بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير .

فلئن كانت القاعدة في المسؤولية التقصيرية أن يسأل الشخص عن أخطاء تابعيه التي تقع منهم أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها ، ولا يدخل في عداد التابعين إلا من كان للسيد عليه حق الرقابة والتوجيه فإن دائرة المسؤولية عن فعل الغير في المسؤولية العقدية أوسع منها في المسؤولية التقصيرية إذ أن التعاقد يسأل عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن تقصيره هو أو تقصير ممثليه ، ويعتبر ممثلاً له كل شخص يقوم بالتنفيذ نيابة عنه أو يساعده فيه برضاه أو يتدخل في التنفيذ بحيث لم يمنعه المدين من ذلك مع كونه قادراً على منعه^(٢) .

ولقد ترددت المحاكم في تطبيق هذه القواعد على مسؤولية الأطباء ، لا لأن المسؤولية الطبية في ذاتها عبء ثقيل على عاتق الأطباء والجراحين فشعرت بالحرَج من إزهاقهم بمسؤولية مبنية على خطأ مفروض ، لا لهذا فحسب ، بل لأن مساعدي الأطباء عادة إما من رجال المهنة الطبية أو من زملائهم أو من المرضى الذين مارسوا مهنة التمريض وحصلوا فيها غالباً على شهادات تثبت مؤهلاتهم فرأت أن

(١) بوائيه ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣-٢-٣٤٩ ، ديجون ١٨ ملز سنة ١٩٠٣ سيمى ١٩٠٦-٢-١٧ ودالوز ١٩٠٤-٢-١٣٤ ، باريس ٤ يولية سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣-٢-١١٣ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٢-٤٠٠ .

(٢) راجع في للمسؤولية العقدية عن فعل الغير - ملزو ج ١ ص ١٧٦ بنسب ١٤٢ ، وديوج ج ٥ بند ١٢٤٥ ، وسافاتييه بند ١٥٩ .

تحمل كلا منهم بنصيب شخصي من المسؤولية يقابل ما له من الاستقلال فيما يهد إليه من عمل طبقاً لتواعد المهنة قررت أن المرض الذي ينفذ أوامر خاطئة للطبيب لا يرتكب خطأ يسأل عنه بل الذي يسأل عن الضرر هو الطبيب الخاطئ^(١). وبالعكس متى أمر الطبيب بعلاج ولم يقع منه أى خطأ فإن المرض الذي يرتكب خطأ في تنفيذ ما أمر به الطبيب مما يدخل في اختصاصه القيام به يسأل وحده دون الطبيب^(٢).

ولكن هذا القضاء كان يفترق إلى الوسيلة الفنية لتبريره إذ أنه بعيد عن أن يتفق مع التطبيق الصحيح للمبادئ القانونية.

ففي الدائرة العقدية يجب أن يسأل الطبيب عن فعل من يساعدونه في العلاج متى كان ذلك هو المفهوم من القصد؛ فيجب ابتداءً أن نحلل محتويات القصد فإذا اتضح أن الطبيب أخذ على عاتقه القيام بكل ما يلزم للمريض من عناية فإنه يعتبر مسئولاً عما يرتكبه مساعده من أخطاء. كمشوليته عن فعله الشخصي تماماً^(٣)، بل إنه إن أحل طبيباً غيره في علاج المريض^(٤) كان مسئولاً عما يرتكبه هذا

(١) باريس ٦ يونية سنة ١٩٢٣ فالوز ١٩٢٤-٢-١١٧ . سامو ص ١٠٠ ،
نيجر ١٣١ ، مازان ص ١٩٥ ، فردان مشولية الأطباء عن فعل مساعدهم في النفرة الطبية
الفرعية سنة ١٩٣٤ ص ٩٦ .

(٢) أيفيل في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٦-١-٧٦ ، وتعليق ديموج
عليه في المجلد الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ١٧٧ رقم ٨ . ولئن كان هذا الحكم قد أُلغى في الاستئناف
فإنما كان ذلك لثبوت خطأ شخصي على الطبيب . راجع أبيان ٢ يولية سنة ١٩٣٥ مذكور في
ديفلو ص ١٥٠ ، باريس ١٣/١١/١٩٠١ مجلة القانون «Journ» في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ ،
أورليان ١٧/٢/١٩٢٦ النفرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣٤ ص ٩٧ ، حكم استئناف مانييل
في ٢٠/١٢/١٩٢٩ المشار إليه في فردان — المرجع السابق ص ٩٨ واثرون تعليقه عليه .
مازان ص ١٩٥ ، ديفلو ص ١٥٢ ، نيجر ص ١٣٢ ، ومع ذلك فاثرون ص ١٣٥ .

(٣) كولار ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ في ديفلو ص ١٣٦ ؟؟ جنيف ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦
المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ في تعليقات إميل تيلو على القضاء السويسري ص ٩٠٤ ، إميل تيلو —
المجلة الفصلية سنة ١٩٣٢ ص ١١٧٥ ؟؟ راجع ص ١٢٠١ ، مازان ص ١٩٩ ، بلانش رودييه
ص ١٦٧ و ١٦٨ .

(٤) راجع في حق الطبيب في أن يحمل آخر عمله نيجر ص ٧٩ و ٧٠ وهي عمرة لا ينفق =

هذا الأخير من أخطاء ، اللهم إلا إذا اتضح أن الرابطة التي كانت بينه وبين المريض قد انضمت لتحل محلها رابطة جديدة مع الطبيب الأخير^(١). وتلك نتيجة طبيعية إذ ليس مما يتفق والإرادة المشتركة أن يفلت الطبيب من المسؤولية عن بذل عناية طبية مناسبة للمريض ، بمجرد أن يحل محله طبيباً آخر وإن كان مهملاً أو غير كفء^(٢).

وبالعكس إذا ثبت أن الطبيب لم يتعهد ، بأكثر من إبداء الرأي فيما يلزم للمريض من علاج ومن الإشراف العام على توجيهه ، فإنه لا يسأل إلا عن أخطائه الشخصية ؛ فإذا وضع المريض تحت تصرفه ممرضة فليس عليه إلا أن يصدر إليها التعليمات الواضحة من الناحية الطبية فإذا لم يكن هناك ما يؤخذ عليه في هذه التعليمات فإنه لا يتحمل مسؤولية ما ترتكبه الممرضة من أخطاء في تنفيذها بل تبقى هي وحدها المسؤولة عما التزمت به قبل المريض نفسه من عناية^(٣).

== أن الطبيب معرض للعرض ومن حقه أن ينال لسطاً من الراحة وذلك في مصلحة المريض نفسه وللمريض على كل حال أن يرضى خدمات الخلف ، وكل ما له من حق قبل الطبيب هو ألا يتركه بغير عناية طالما أنه اعتد عليه في ذلك.

وراجع أيضاً بittel م ٧٥؟؟ وفي أحكام المحاكم ما يشعر بأنها أقرت للطبيب الحق في أن يحل غيره محله. أورات ١٩٢١/١١/٢٠ جازيت باليه ١٩٢١/١٢/١٠ ، مرسيليا ١٩٢٩/٥/٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩-٣٩٩ .

(١) مرسيليا ١٩٢٩/٥/٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩-٣٩٩ . وقد أبرأت الطبيب من المسؤولية عما ارتكبه خلفه من أخطاء في عملية ولادة إذ ثبت فيها أنه لم يتدخل عن إجراء العملية بنفسه إلا لكونه مريضاً ولا يستطيع القيام بها ولم يثبت أنه أساء اختيار من يخلفه . ساهو م ١٠٣ وهي مقرر أنه في الغالب تنتهي مسؤولية الطبيب بمجرد أن يحل آخر محله ويجعل المريض خدمات هذا الأخير إذ بهذا القبول يصير المريض متصلاً معه .

(٢) مازان م ١٩٩ ، بلانش روديه م ١٦٨ .

(٣) سين ١٩٣٣/٣/١٤ جازيت باليه ١٩٣٣/٨/٤ ، ديفلو م ١٥١ ، مازان م ٢٠٠ ، بلانش روديه م ١٦٩؟؟ لاكس بند ١١١ ، فردان المرجع السابق — النعمرة الطبية الصربية سنة ١٩٣٤ م ١١٣؟؟ بittel م ١٨٤ و ١٨٥ ، ديموج المجلة القضائية ١٩٣٦ م ١٧٧ ، لالو بند ١٠٢٩ .

عكس ليون ١٩٢٧/٣/١٨ *Journal Osmann* ١٣٨٢ و ١٣٨٣ — للمسئولية الطبية

كذلك لا يسأل الطبيب عن فعل الوالدين أو الأقارب الذين يباشرون تنفيذ تعليماته في العلاج ويمتثلون في ذلك طاملاً أن تعليماته لا شائبة فيها^(١).

أما في دائرة المسؤولية التصيرية ، فلن لم يكن هناك شك في أن الطبيب يسأل عن فعل المرضين الذين يستخدمهم بوصفهم تامين له^(٢) فقد قيل إنه لا يسأل عن فعل الأطباء من مساعديه لأن الحرية التي يجب أن يتمتع بها كل من يزاول المهنة تأتي اعتباره تابعاً لغيره^(٣) ولكننا رأينا أن مناط المسؤولية عن فعل الغير في حلول شخص محل آخر في القيام بعمل لصالحه وحسابه كما رأينا أن رابطة التبعية على هذا الأساس لا تستلزم خضوعاً تاماً من التابع للمتبع بل يكفي قيامها ثبوت حق التوجيه العام للسيد على التابع^(٤).

وقد قررت محكمة أفين أن طبيب الأسنان لا يمكنه أن يدعى أنه لم يكن له الحق في مراقبة ف . . أو إصدار التعليمات إليه لأنه يحمل شهادة الطب طاملاً أن مهمة ف . . كانت خاصة بأعمال داخلية في طب الأسنان وأنه كان يتلقى أجرة منه^(٥).

(١) سجن ١٩٣٧/٦/١٥ في ديفلو ص ١٣٨ .

(٢) جورج ١٩٣٨/٢/٢ G. P. ١٩٣٨ — ١ — ٧٧٣ ، باريس ١٩٣٧/٧/٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ — ٤٥٠ ، ريمس ١٩٣٦/٣/٦ جازيت باليه ١٩٣٦ — ٢ — ٦٧٥ ، دويه ١٩١٣/١٠/١٣ دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٧ ، باريس ١٩٢٥/٦/١٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ — ٥٤٣ ، سم ١٩٣٣/١١/٢ B. L. J. ١٩٣٣ — ٢ — ٩ وجازيت ٢٥ ص ٣٠ رقم ٤٤ ، لالو طبة ٢ بند ١٠٥١ وفي دالوز ١٩٣٣ — ٢ — ١١٣ ، لاكاس بند ١١١ ، ينزل ص ١٨٤ سلمو ص ٩٩ ٤٤ ديفلو ١٥٢ .

ويلاحظ أن كثيراً من الأحكام التي ذكرناها أفرت بوجود رابطة التبعية ، علة العلاقة بين الطبيب والمرضى على ضوء المادة ١٥٢/١٣٨٤ ، وقد كان ينبغي عن ذلك أن ترجع إلى القواعد الصحية وتطبق أحكام المسؤولية القدية طاملاً أنها كانت في دائرة القصد .

(٣) فلور ص ١٧٣ و ١٧٧ و ١٧٨ ، لامون برتران ص ١٣٩ و ١٤٠ و ١٤٣ و ١٤٤ .

(٤) أنظر ما ستعوله في باب مسؤولية المستشفى عن فعل الأطباء .

(٥) أفين ١٩٣٠/٧/١٦ جازيت باليه ١٩٣٠ — ٢ — ٦٨٥ . وراجع أيضاً في إقرار علاقة التبعية بين الطبيب ومساعده ، باريس ١٩١٩/٦/٢٦ سيري ١٩٢٧ — ٢ — ١١٣ ودالوز ١٩١٩ — ٢ — ٧٣ ، سين ١٩٢٠/١/١٠ J. C. ١٩٢٠ المسؤلية الطبية رقم =

ثانياً - اذا لم يخطئ الطبيب بعمل في معمرى المستشفيات :

فإذا كان المستشفى عاماً فنرى أن شخصية الطبيب ثلاثى وراء شخصية الدولة ومن ثم لا يكون مسئولاً مدنياً لاعتباره خطأً غير^(١).

أما إذا كان يعمل فى إحدى المستشفيات الخاصة فنرى أن الأصل أن مسئولية قبل المرضى تكون عقدية أساسها الاشتراط لمصلحة الغير ومن ثم فالمبرور فى مسئولية عن فعل الماعدين بما اتجهت إليه الإرادة المشتركة فى العقد الذى تم بينه وبين إدارة المستشفى . وبوجه عام يمكن أن نقول إن الطبيب أو الجراح الذى يصل بإحدى المستشفيات لا يتعهد قبله إلا ببذل عنايته الشخصية بالمرضى الذين يقبلون فيه ، وإدارة المستشفى هى التى تضع تحت تصرفه الماعدين من أطباء وممرضين دون أن تقصد تحميله بمسئولية أخطائهم^(٢).

أما فى دائرة المسئولية التقصيرية فليس عندنا شك فى أن المرضى يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى طبقاً للمادة ١٣٨٤ قرة ٣/١٥٢ وهو ما قضت به محكمة السين^(٣) إذ حملت إدارة المستشفى مسئولية الأضرار الناشئة عن خطأ إحدى

== ١٠/١٣٠ : وجازت باله ١٩٢٠-١-٣٥٩ وبلانيول وإسمان ج٦ بند ٦٤٨ هامش ١ من ٨٧٦ ودموج ج ٥ بند ٨٩٧ . وفى المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ من ١١٥ و ١١٦ بند ٨ ، فردان المرجع السابق النشرة الطبية الفرعية ١٩١٤ من ١١٧ .

(١) كولمار ١٩٣٦/١١/٢٤ فى ديفلو من ١٥٣ ، وراجع ما سبقه فى مسئولية المستشفى عن فعل الطبيب .

وقارن فردان المرجع السابق من ٤٤١١١ من النشرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣٤ وتعليقه على حكم انجوليم فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٩ .

(٢) أورليان ١٩٢٦/٢/١٧ فى ديفلو ١٤٢ وفى مقال فردان فى النشرة الطبية الفرعية سنة ١٩٣٤ من ٩٧ ، مازان من ٢٠٠ و ٢٠١ ، بلانش وروديه من ١٧٠ .
فلان باريس ١٩٤١/١٠/٨ دالوز فى تحليل القضاء سنة ١٩٤١ من ٣٦٤ عمود ٢ و من ٣٦٥ قرة ٣ .

(٣) سين ١٩٣٣/٣/١٤ المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ فى تعليقات ديموج من ١١٨٣ بند ١٤ ، باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣-٢-١١٣ و دالوز الأسبوعى ١٩٣٢==

المرضات في إجراء غسيل بماء غاية في السخونة لمرضى ، قبل أخذ صورة بالأشعة على بعض أجزاء جسمه . ومتى اعتبر الممرضون والمرضات تابعين لإدارة المستشفى فهي وحدها التي تسأل عنهم دون الأطباء المشتغلين فيها^(١) .

حقاً لقد قيل إن الممرضين يجب أن يعتبروا تابعين للأطباء على الأقل فيما يتعلق بتنفيذهم لما يأمرهم به في العلاج^{(٢) (٣)} ولم يفت أنصار هذه الفكرة أن

== س ٤٥٠ ، كولار ١٩٣٦/١٧/٢٤ - جازيت باليه ١٩٣٧ - ١ - ٣٩٣ ، مازو بند ١٩٩٤ .
عكس باريس ١٩٣٨/٣/١٨ - جازيت باليه ١٩٣٨ - ١ - ٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٣٧٧ والمحكم أثبت التبعية للأطباء دون إدارة المستشفى .

(١) سين ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحلة الفصلية سنة ١٩٣٣ في تعليقات ديوج
س ١١٨٣ بند ١٤ ولقد استندت المحكمة في استبعاد مسؤولية الأطباء الى :
١ - ليس للطبيب حرية اختياره .

٢ - شروط تعيين المرضات ككفيلة بأن يضع الطبيب ثقته فيهم في كل ما يدخل في صميم اختصاصهم .
٣ - المرضات يتبعن تعليمات إدارة المستشفى .

بروكسل في ١٩٢٩/٧/١٢ بليكا القضائية ١٩٣٠ عمود ١٨ ، وتعليق جرولتش في
المجلة الفصلية ١٩٣١ س ٦٩٥ بند ٢٣ ، ليون ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ في مقال فردان
بالنشرة الطبية الصربية سنة ١٩٣٤ س ١١٢ (أنظر في المقال أيضاً س ١١٣) ، لاكس
١١٤ ، بيلت س ١٨٤ ؟؟ لاو طبعة ٢ بند ١٠٢٩ ، قارن سافاتييه بند ٧٩٦ ، ومراجعة
Le Perro « أمام محكمة بروكسل في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ ، بليكا القضائية ١٩٣٠
عمود ١٨ .

(٢) ديوج المحلة الفصلية س ١١٨٣ بند ١٤ والالتزامات ج ٥ بند ٥٨٢ ، سافاتييه
بند ٧٩٦ و ٣١٩ ، مراجعة Le Perro أمام محكمة بروكسل ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ بليكا
القضائية ١٩٣٠ عمود ١٨ ، ليون ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ « Juris Classeur » والمسئولية
الطبية بند ٢٢٠ .

قارن بروكسل ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ بليكا القضائية ١٩٣٠ عمود ١٨ ، وتعليق جرولتش
في المجلة الفصلية ١٩٣١ س ٦٩٥ بند ٢٣ .

وقرب حكم انجليزى في ١٩٠٤/٦/٧ الاستقلال سنة ٣ س ١٨٧ .

(٣) ولا يغوتا أن نلاحظ أن هذه الفكرة مع التسليم بها لا تنفي مسؤولية المستشفى فكما
وأبنا أوت مسؤولية المستشفى تشمل جميع الأحوال التي تثبت فيها مسؤولية الأطباء والمشتغلين بها
سواء عن ختلهم الشخصي أم عن خطأ مفروض من قبلهم (راجع تعليقا على حكم محكمة النفس
الفرنسية في ١٩٣٦/١٢/٣٠ في باب مسؤولية المستشفيات عن فعل الأطباء) .

وراجع تانس ١٨٩٦/١٢/٥ وقد قررت أن تابع التابع الذى يستخذه في أداء وظيفته ==

يدعوها بنظرية التبعة العارضة^(١) فيكفى لاعتبار المريض تابعين للأطباء أن يثبت أنهم خاضعين لرقابتهم وإشرافهم في فترة معينة أو خلال عملية خاصة .
ولكن الواقع أن الأطباء إذا كان لهم حق الرقابة والتوجيه على عمل المرضى فإنهم يستمدون ما لهم من السلطة في هذه الناحية من إدارة المستشفى نفسها ويستعملونها لحسابها^(٢) ولم تقصد إدارة المستشفى بطبيعة الحال أن تتخلى عما لها من إشراف على سير العمل بالمستشفى سواء من جانب الأطباء أو مساعديهم وهذا كاف لثبوت صفة التبعة بالنسبة لهم قبلها .

عمدة الطبيب بغيره من الأطباء المعالجين

كثيراً ما تعرض للطبيب حالات يرى من الصعب فيها أن يفرد برأى في العلاج ورأيها أن عليه في مثل هذه الحالات أن يستشير برأى زملائه من الأطباء لما في تبادل الرأي من فائدة للمريض^(٣) بل إن التخصص الهني يفرض على الطبيب المعالج أحياناً أن يلتجئ إلى أخصائي يكون أكثر دراية في إزالة ما تتلوى عليه الحالة من غوض ، فلي أى أساس تتحدد مسؤولية الطبيب المعالج في مثل هذه الحالات ؟

== يعتبر تاباً للتبوع في نفس الوقت ، وفي نفس المني زعيم - مسئولية التبوع المدنية رسالة سنة ١٩٢٣ م ٥٩ .

(١) نفس ١٩٢٧/١/١٩ دالوز ١٩٢٨-١-١٧ .

وراجع في نظرية التبعة العارضة لالو بند ١٠٧٢ .

ونلاحظ أنه حتى يصح الاستناد الى هذه النظرية يجب أن يثبت أن إدارة المستشفى قصفت أن تتخلى للطبيب عما لها من السلطة في الإشراف على المرضى ورقابتهم .

(٢) فليس العمل الذي يقوم به الممرضون داخل دائرة ما تصهد به الطبيب قبل المستشفى من بذل عنايته الشخصية بالمرضى .

(٣) فانسى ١٩٢٨/١/١٩ جازت باليه ١٩٢٨-١-٤١٠ يسأل الطبيب عن عدم دعوته زميلا طلبت العائلة الاسترشاد برأيه .

فان متر ١٨٦٧/٥/٢١ دالوز ١٨٦٧-٢-١١٠ لا يلام الطبيب على عدم استماتته بغيره في مباشرة علاج ليس ثمة ما يدل على خطورته .

قد يكون من اللبس أن قرر أنه متى اتفق في الرأي مع من استشارهم من زملائه كان مسئولاً معهم عما قد ينطوى عليه العلاج من أخطاء . ولكن الأمر يبدق إذا اختلف معهم في الرأي . فهل يلزم بمباشرة العلاج الذي أشاروا به؟ وهل يكون مسئولاً عن ذلك ؟

لا شك أن الطبيب حر في تكوين رأيه واختيار العلاج الذي يرتضيه للحالة المعروضة عليه . فصلاحه للمريض يأبى أن يلزم بتطبيق علاج لا يعطمن إليه ولا يرضاه المريض الذي أولاه ثقته ووضع حياته بين يديه . وهكذا فإن الجراح لا يتقيد برأى الطبيب المعالج بل عليه بعد أن يستنير بملاحظات^(١) أن يبيد الكشف على المريض ليتخذ الرأي بشأن إجراء العملية وهو مسئول عن القرار الذي ينهى إليه^(٢) .

كذلك طبيب الأشعة بحكم خبرته الفنية وتجاربه في مهنته ، أقدر على معرفة خير الوسائل في تصوير موطن الداء من جسم المريض وهو مسئول وحده عن النقص الذي يشوب وسائله ، ومن أجل ذلك نعتقد أن محكمة استئناف باريس في ١٧/٧/١٩٣٦^(٣) لم يصادفها التوفيق إذ أخذت على طبيب الأشعة أنه أخذ المريض ثلاث صور رغم أن الطبيب المعالج لم يطلب منه إلا صورة واحدة ، فتجاوز بذلك الحدود المرسومة له . فليس من شأن الطبيب المعالج أن يفرض على طبيب الأشعة سبيلاً لا يراه موصلاً للتعرف على حقيقة الحال .

(١) دويه ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المجلة الفصلية ١٩٣٦ ص ٤٨٠ ، بلانش روديه ص ٨٢ و ٨٣ .

(٢) ديفلو ص ١٥٥ ، عكس برلمان باريس في ١١/٧/١٧٧١ موسوعة ميلان تحت كلمة جراح ثانياً ص ٦٦٢ .

(٣) باريس في ١٧/٧/١٩٣٦ وتطبيق ديموج في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٧ ص ٩٩٩؛ بند ٣٢ ، وقد أثار ديموج بحثي لما أنه حتى يمكن مؤاخفة الطبيب في مثل هذه الحالة لا بد أن ثبت أنه أخطأ في استعمال الأشعة أو أهل في استشارة الطبيب المعالج قبل إجرائها . أنظر تعليق ديفلو على الحكم ص ١٥٥ و ١٥٦ ، وراجع في هذا الالتزام بالنسبة للجراح دويه ١٨/١٢/١٩٣٤ في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٦ ص ٤٨٠ .

وما دام الطبيب حراً في تكوين رأيه واختيار العلاج الذي يعطى إليه فليس يقبل منه — إذا اتضح أن هذا العلاج خاطئ — أن يدفع بأنه لم يكن موافقاً عليه وأنه ما باشره إلا اتباعاً لرأى زميله^(١).

وليس معنى هذا أن من حق الطبيب المعالج أن يضرب برأى الأخصائى الذى استشاره عرض الحائط ، بل عليه ان يختلف معه أن يطلب استشارة جديدة بعد أن يشرح حالة المريض له أو لنوبه فإن اخطأوا رأى الأخصائى على رأيه فليهدأ أن ينسحب^(٢).

تنازل الطبيب عن عيادته لطبيب آخر

وقبل أن نختم بحث علاقة الطبيب بغيره من الأطباء لا يفوتنا أن نشير إلى

(١) عكس برلمان باريس ١٧٧١/٧/١١ موسوعتيبرلان تحت كلمة جراح ثانياً من ٦٦٢ .
تارن ميريناك في دالوز ١٩٠٧-٢-٤١ ، ومصر في ١٩٣٣/٥/٣٠ في القضية رقم ٧٨٧
كل سنة ١٩٣٢ ، وقد جاء في ذيل الحكم « ... وحيث إنه فيما يتعلق بمسئولية الدكتور
الفريد أفندي مفار من حيث القانون ، يتعين على المحكمة البحث في مدى مسئولية الطبيب
الذى يعالج مريضاً بنوع مخصوص من العلاج هو اختصاصى فيه بناء على رأى الطبيب المعالج للمريض
المذكور .

وحيث إنه لا نزاع في أن الطبيب الاختصاصى الذى يعالج مريضاً بناء على أمر الطبيب المعالج
ليس مسئولاً عن نتيجة هذا العلاج إلا إذا ثبت أنه كان مخطئاً من حيث الفن في اختصاصه عند
معالجة المريض أو قد استعمل طرقاً غير فنية تتعلق بمهنته وقد حكمت بذلك نحاكم النفس الفرنسية
وكذلك أيد الفقه هذه النظرية » .

ومع أنه لم يصدر ، فيما نعلم ، أى حكم من محكمة النفس يأخذ بهذه النظرية فإننا نبادر إلى
القول بأن الفقه قد رفضها فليس الأخصائى مقيداً بما يشير به الطبيب المعالج بل عليه أن يبعد
الكشف على المريض ليحذف الرأى بشأن ما يلزم له من علاج ومسئوليته في ذلك كما رأينا أشد
من مسئولية الطبيب الصوى .

ولقد أشارت محكمة الاستئناف بحق في ٢ يناير سنة ١٩٣٦ حمادة سنة ١٦ رقم ٣٣٤
من ٧١٣ ، عندما ألغت هذا الحكم إلى أن القاعة التى قررتها تخفى للى الأساس القانونى .

(٢) موقبلية في ١٩٣٤/٦/٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٤-٤٨٣ ، قض ١١/٢٩
سنة ١٩٣٧ سبرى ١٩٣٨-٢٥٧ والصليق وحرر أهل الحسبة للشار إليه فيه ،
سافيتيه بند ٧٨٨ ، بريون في سبرى ١٩٣٩-١-٢١٦ .

المركز القانوني الذى ينشأ عن تنازل الطبيب عن عيالته لطبيب آخر في فترة معينة^(١).

لا شك أن الطبيب يكون مسئولاً قبل عملائه السابقين إذا أساء اختيار من يعمل محله^(٢) إذ أنه بذلك يكون قد أناب في تنفيذ عقده معهم شخصاً غير جدير بالثقة التي أولوه بها؛ أما بالنسبة لمن يستجد من العملاء فيبدو أن لا مسئولية عليه قبلهم، إذ أنهم بتقدمهم للطبيب الجديد يكونون قد قبلوا التعاقد معه، فليحمله وحده مسئولية تنفيذ هذا العقد.

هل معنى ذلك أن الطبيب لا يتحمل أية مسئولية إذا أحسن اختيار البديل بحيث توفرت فيه الضمانات الكافية من حيث الخبرة والدقة في العمل.

لا شك أن قولاً كهذا فيه تناقل عن الرابطة العقدية التي تربط الطبيب بعملائه، فالملاقة بين المريض والطبيب علاقة تدور على اعتبارات شخصية مبناها الثقة المتبادلة بينهما، فليس من حق الطبيب أن ينسحب عنه في العلاج أى شخص لم يقبله المريض^(٣)، فإن هو فعل ذلك كان مسئولاً عما يرتكبه من يخلفه من أخطاء.

(١) راجع في مفعولية عقد التنازل عن الصلاء جرافن ص ٢٢٣ وفي مدى مسئولية الطبيب المالج إذا رفض المريض خدمات الطبيب الآخر التي يعمل محله. نيجر ص ٧٩ و ٨٠.

(٢) سامو ص ١٠٤، نيجر ص ٨١، ديفلو ص ١٥٧، مرسيليا في ١٩٢٩/٥/٤ فالوز الأسبوعى ص ٣٩١.

(٣) راجع سيري ١٨٤٦-٢-١٤٧.

وتأذن نيجر ٨١ وحكم كازابلانكا التي تنص إليه في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٦ وقد أعزى الطبيب من المسئولية عن أخطاء من يخلفه متى كان مرفوعاً بالكفاءة، ودفلو ص ١٥٧، وجاردنا وريتشى ص ٣١٤ رقم ٢٠٢ وحكم النقض في ٢ أغسطس سنة ١٩٠٤ التي يشيران إليه، ويقول سافيتيه ج ٢ بند ٧٨٣ ص ٤٠٠ إنه على الرغم من أن الملاقة بين الطبيب والمريض تدور على اعتبارات شخصية فإنه من السلم به، حتى لا يجعل كامل الطبيب بمسئولية مبالغ فيها، أن له الحق في أن يعمل محله من يختاره من زملائه لئلا ينافي بالرئيس. (جراس ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥-٢-٣٤١) وليس الرئيس أن يؤاخذ على ذلك بل وليس لأن يرجع — ٢٤ (أ ب)

ولكن قد تكون للطبيب مبررات مشروعة تسوغ تخلفه عن تنفيذ التزاماته كالأصيب بحالة مرضية أو حل الوقت لقيامه بأجازته السنوية^(١)، ففى مثل هذه الحالات لا ضير عليه أن يعمل غيره فى القيام بشؤون عيادته دون أن يتحمل ما قد يرتكبه من أخطاء^(٢). ففى علاقته بحرفائه السابقين، مفروض أن الرابطة العقدية قد انقضت، أو أنه ملحوظ فيها ذلك الطرف الذى أجاز له أن ينيب عنه غيره فى التنفيذ، أما فى علاقته بمن يستجد من العملاء فقد قيل بحق إن عقد الحلول هو اتفاق بين طبيبين متكافئين فى نظر القانون بغير خضوع من أيهما للآخر فليس ثمة تبعية بينه وبين البديل حتى يسأل عن أخطائه^(٣).

وقد رفضت محكمة استئناف بروج فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ اعتبار الخلف وكيلًا، فهو لا يبذل عناية بالمرضى باسم السلف بل باسمه هو وعلى مسؤوليته ونفت وجود عقد عمل بينهما^(٤).

بقى أن نحدد مدى مسؤولية البديل عن فعل المساعدين الذين يوجدون فى العيادة. ولا شك عندنا فى أنه يسأل عن أخطائهم على الرغم من أنه لم تكن له

== عليه بالمسئولية بدعى أن الطبيب الذى أحله عمله يعتبر تابعًا له (باريس ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى هامش ص ٤٠٠).

- (١) مفروض أن الطبيب وقت تعاقده مع المريض لم يقصد التنازل عن أجازته السنوية.
- (٢) قرب جراس ١٩٣٥/٥/٢٧، جازيت باليه ١٩٣٥-٢-٣٤١. وقد قررت أن الطبيب لا يعتبر أنه هجر المريض لذا سافر واتفق مع زميل له على أن يباشر العيادة بالمريض أثناء غيابه وليس ثمة مسؤولية عليه فى ذلك.

(٣) ساهو ص ١٠٤، سافاتييه بند ٧٨٣، مازان ص ٤٤، دونديو حى فابر فى النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص ٤٦٣، فردان — النشرة الطبية الشرعية ١٩٣٤ ص ١١٦؟؟ بول بودان فى الطبيعة القانونية لعقد البديل الطبي — الأسبوع القانونى ١٩٣٣ ص ٨٦١، مازان ص ٢٠١ و ٢٠٢، رودييه ص ١٧٢، نيجر ص ٨١، ديفلور ص ١٥٧ و ١٥٨، لاكاس بند ١٨٧. قرب فى تقى وجود عقد عمل بين الطبيب والبديل لانتفاء الخضوع يوردو ١٩٣٥/٧/١٥ مذكور فى ساهو ص ١٠٤.

- عكس فتاوى مذكور فى فردان النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣٤ ص ١١٧.
- (٤) بروج ١٩٣٣/٣/١٤ فى ديفلور ص ١٥٨.

يد في اختيارهم إذ أن نية السلف ظاهرة في أنه قصد أن يتخلى للبدل عن الحق في رقابة المرضين وتوجيههم مدة تنازله له عن الحياة^(١).

٥ - متى تنتهى التزامات الطبيب قبل المريض :

• لا شك أن في ترك الطبيب لمريضه بعد قبوله علاجه إخلالا بعقد العلاج من جانبه ، فليس للطبيب أن يترك علاج المريض بعد العقد ، ما دام هذا المريض في حاجة إلى جهوده^(٢) ولا تنتفى مسؤوليته إلا إذا أقام الدليل على القوة القاهرة ، كما لو استحال عليه زيارة المريض بسبب انقطاع المواصلات أو بسبب مرضه^(٣) ، غير أن هناك حالات يجد فيها الطبيب لنفسه مبرراً لفسخ العقد الذى يربطه بالمريض دون أن يتعرض للمسئولية عن هجره ، فلو أن المريض أهمل في اتباع تعليماته أو تعمد عدم اتباعها أو لو أنه استعان بطبيب آخر خفية عن الطبيب الذى يعالجه مما يؤذى كرامة هذا الأخير أو لو أنه امتنع عن دفع أجر الطبيب في مواعيده ، لجاز للطبيب ترك علاجه^(٤) بشرط هام وهو ألا يكون الترك في ظرف غير لائق

(١) ونحن نستند في ذلك إلى نظرية النجبة العارضة .

(٢) ساهو ص ٧٨ ، مازان ص ١٥٣؟؟ ديفلو ص ٤٠٣٩ ، سافاتييه بند ٧٨٣ ، بلانش روديه ص ٤١٠٨ ، ريبير المحلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ١٩٧ ، مرسيليا ١٩٠٩/١٢/١٥ دالوز ١٩١١-٥-٢٠ ملخص .
قرب نيجر ص ٤٦٢ .

(٣) لا يحنى أنه لا كان التزام الطبيب من الالتزامات المتعلقة بشخصه فإن المرض الذى يحول بينه وبين تنفيذ التزامه يعتبر من قبيل القوة القاهرة التى تنفى عنه كل مسئولية .

(٤) ساهو ص ٧٨؟؟ مازان ص ١٦٢؟؟ نيجر ٦٦ و ٦٧ ، بيجل ص ٦٦ و ٦٨؟؟ بلانش روديه ص ١١٣ ، دونديو دى نابر النشرة الطبية المصرية سنة ١٩٣١ ص ٤٧٠ ، جراس ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥-٢-٣٤١ ، سين ١٩١٠/١٢/١٩ دالوز ١٩١١-٥-٩٠ و جازيت باليه ١٩١١-١-٥٧٦ ، وقد قررت أن لا مسئولية على الطبيب الذى يرفض توليد امرأة كان يباشر حالتها أثناء الحمل إذا فرضت عليه المساعدة مساعدة عرضة لا يثق في كفائتها .

• ونعتمد على الطبيب بوجه عام أن يرمى الملم ويزن ظروف المريض ليرى ما إذا كان تصرفه يتم حقيقة عن عدم الثقة به أو التشكك في صحة العلاج الذى أشار به .

أى غير مناسب للمريض وإلا تحمل الطبيب مسئولية الترك أى ما ينشأ عنه من أضرار^(١).

وهذا القيد على حرية الطبيب في هجر المريض يسرى سواء أكان مصدر التزامه عقدياً أم كان يرجع إلى القضاة إذ على القضاة أن يتم السمل الذى بدأه^(٢).

قد يبدو غريباً أن تنتهى الرابطة العقدية بإرادة أحد المتعاقدين فحسب ولكنها الناحية المهنية التى تبرز في طبيعة عقد العلاج^(٣) والتى من أجلها أخرجه محكمة النقض الفرنسية^(٤) بنحو عن نطاق العقود المسماة. فقد العلاج يقوم على الثقة المتبادلة بين الطبيب والمريض فإذا انقضت هذه الثقة جاز لأى من الطرفين أن يفسخ العقد.

وتنتهى التزامات الطبيب في الأحوال العادية بشفاء المريض أو وفاته وليس معنى هذا أن عليه أن يلازم المريض طالما أنه لم يبل من مرضه فإن قولاً كهذا يعرقل المهنة الطبية ويسد السبل أمام الطبيب في خدمة مرضاه، ولكننا نقصد أن يكون الطبيب ملزماً بالتردد على المريض في مواعيد مناسبة لكي يتمكن من توجيه العلاج بما فيه مصلحة المريض وبما يتفق مع تطورات الحالة وما قد يطرأ عليها من مضاعفات. على أن التزامات الطبيب قد لا تعدو أحياناً مجرد الكشف

(١) جراس ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥ جازيت باليه ١٩٣٥-٢-٣٤١، مترا ٢١ مايو سنة ١٩٦٧

سيرى ١٨٦٨-٢-١٠٩ ودالوز ٦٧-٢-١١٠، سين ١٩٣٨/١/٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ ملخص ١١، ساهو ص ٧٨، برتون في سيرى ١٩٣٩-١-٢٢٦؟؟ مازان ص ١٥٧؟؟.

(٢) مازان ص ١٥٧؟؟ رودي ١١٠ و ١١١.

تارن نيجر ١٩٦٥؟؟ وهي لا تخر مسئولية الطبيب عن هجر مريض قدم له يد المساعدة عرضاً إذ هو لم يفعل أكثر من أداء واجب إنسانى لا يمكن أن يحمله بأى التزام.

(٣) راجع في حق الفسخ الأخرى في عقد العلاج، يلون في دالوز ١٩٣٦-١-٨٨ § ١٨، ورسالة فرناند فريه في أساس وطبيعة مسئولية الأطباء رسالة سنة ١٩٣٤ ص ٢٠٣، برتون في سيرى ١٩٣٩-١-٢٢٦؟؟ مصر المختلطة في ٥/٥/١٩٣٧ جازيت ٢٩ ص ٣٤٦ رقم ٤٢٨.

(٤) تفس ١٣/٧/١٩٣٧ سيرى ١٩٣٩-١-٢١٧ جازيت باليه ١٩٣٧-٢-٣٨٤.

على المريض لابتداء الرأي بشأن علاجه أو لأعطائه شهادة بمحالة الصحة وفي هذه الحالات طيبى أن مسئولية الطبيب تقف عند قيامه بهذه المهمة^(١) .
وقد تشددت المحاكم كما رأينا في التزامات الطبيب طالما أن المريض لم يفق من الخدر ورأينا أنها اعتبرته مسئولاً عن عدم إشرافه بنفسه على ما يبذل له من عناية^(٢) .

(١) قض ٣١/١٠/١٩٣٣ والتطبيق في سيري ١٩٣٤-١-١١ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٣-٥٣٧ .

(٢) س. باريس ١٩٣٢/٧/٤ دالوز ١٩٣٣-٢-١٣ ودالوز الأسبوعي ١٩٣٢-٤٥٠ ،
ليج ١٩٢٨/١١/٨ بليكا القضائية ١٩٢٩ عمود ٦ ، الجزائر في ١٩٢٣/١١/٤ سيري
١٨٩٥-٢-٢٣٧ ، وفي الاستئناف ١٨٩٤/٣/١٧ سيري ١٨٩٥-٢-٢٣٧ .

مسئولية الاطباء

الذين يشتغلون في المستشفيات وأثرها في مسئولية المستشفيات ذاتها

إذا كنا إلى هنا قد عالجتا مسئولية الأطباء والجراحين في أبسط صورها وافترضنا دائما أنهم يعملون لحسابهم الخاص ، فإنه يبقى علينا أن نشرح مدى هذه المسئولية في حالة اشتغالهم بإحد المستشفيات ومدى ما تتحمله المستشفيات التي يشتغلون فيها من مسئولية نتيجة أخطائهم . ومن أجل ذلك يجب أن نفرق بين المستشفيات العامة والمستشفيات الخاصة ؛ ذلك أن المستشفيات العامة هي مصالح عمومية قبل كل شيء فأموالها أموال عامة وموظفوها موظفون عموميون والهيئات التي تديرها هي هيئات إدارية فمسئوليتها تتأثر إذن بقواعد القانون العام^(١) .

وعلى العكس لا شيء من ذلك بالنسبة للمستشفيات الخاصة ، فبالرغم من الاعتراف لها بالشخصية المعنوية وحتى لو وضعت تحت رعاية الدولة فإنها تظل مؤسسة خاصة غير مندمجة في الإدارة ولا فرعا من فروعها فأموالها أموال خاصة ومستخدموها مستخدمون خصوصيون والهيئات التي تديرها هي هيئات خاصة ومن ثم فمسئوليتها تخضع مباشرة لقواعد القانون المدني .

على أن التفرقة بين نوعي المستشفيات قد تدق أحيانا ، ذلك أن الدولة قد تضع أحد المستشفيات الخاصة تحت رعايتها فتمنحه بعض الامتيازات وفي مقابل

(١) وحيد رأفت القاتون الإداري طبعة ١٩٣٨ من ٢٣٩ ، قارن ديفلو من ٤٤٣ و٤٤٤ وعض فرنس في ١٩٣٥/٢/٢٧ و ١٩٣٥/٣/١٩ في ديفلو من ٤٣ ، وهوريو - اللوجز في القانون الإداري والقانون العام طبعة ١٩٣٢ من ٣٠٢ .

هذه الامتيازات تلبى إلى بسط نفوذها واشرافها عليه وتتدخل في إدارته وحساباته وقد يصل هذا التدخل والإشراف أحيانا إلى درجة تجعل الشبه كبيراً بين هذا للمستشفى والمستشفيات العامة^(١).

فما هو معيار التفرقة إذن؟^(٢)

يجب أن يراعى أولاً مانص عليه الشارع من اعتباره مصلحة عامة أو مجرد مؤسسة ذات نفع عام :

ولكن يظل ألا يكون هناك نص وفي هذه الحالة يرى البعض البحث عن أوجد المستشفى أم الأفراد أم جهات الإدارة ، فإذا كان الأفراد هم الذين انشأوه فلا يمكن اعتباره مصلحة عامة إلا إذا صدر قانون أو مرسوم بضمه إلى إحدى جهات الإدارة ، أما مجرد مساعدة الدولة لأحد المستشفيات باعانة مالية فلا يكفي لتحويله إلى مصلحة عمومية ولو اشترط في مقابل ذلك تمثيل الحكومة في إدارته قصد مراقبة العمل فيه .

مثال ذلك — تمنح الحكومة مستشفى الزاوية بالاسكندرية إعانة سنوية ٢٠ ألف جنيه. وفي نظير ذلك اشترطت (قرار مجلس الوزراء في ١٩٣٦/٥/٥) أن يشكل مجلس إدارته بحيث يكون للحكومة أغلبية فيه وهذا لا يمنع من اعتباره مستشفى خاص غير مندمج في الإدارة ولا فرعاً من فروعها .

ولكن الاعتماد على أصل المستشفى وحده قد لا يكفي وهو ما اعترف به مجلس الدولة فرأى البحث في مجموعة القواعد التي تنظم المستشفى وكيفية قيامه

(١) القانون الإداري للدكتور وحيد رأفت طبعة ١٩٣٨ ص ١٣٤ وهو يرى أن مستشفى البرداش يعتبر مؤسسة خاصة رغم خضوعه خضوعاً تاماً لوزارة الصحة واندماج أعبائه في أعباء هذه الوزارة (ص ١٣٥ و ١٣٦ من المرجع السابق) .

(٢) يرى هوزيو في كتابه في القانون الإداري والقانون العام طبعة ١١ ص ٢٣٧ أنه إذا لم يوجد نص فالأمر مرجعه إلى فاضل الموضوع . ومع ذلك راجع بعض الاعتبارات التي يشير إلى فاضل الموضوع باتباعها للكشف عن طبيعة المؤسسة في حالة الشك فيها (هامش ٢ ص ٢٣٧ من نفس المرجع) .

العمل المتفق عليها والنوع الثاني يقتضي التدخل في وسائل تنفيذ العمل وفي طريقة إدارته. وتعتبر الرقابة التي من النوع الثاني فقط منشئة لعلاقة التبعية^(١) لا الرقابة التي من النوع الأول^(٢).

فمن كان له في علمه استقلال يخرج من سلطة غيره لا يعتبر تابعا لذلك

(١) بلانيول وإسمان ج ٦ بند ٦٤٢ ، هوك ج ٨ بند ٤٤٤ من ٥٩٠ ، لالو طبعة ١٩٢٨ بند ٤٨٩ وطبعة ٢ بند ١٠٢٣ ، فلور — العلاقات بين التبوع والتابع — من ١٢٧ و ١٣٥؟؟ ومع ذلك فلان س ١٤١ ، ديموج ج ٥ بد ٨٨٦ و ٨٩٦ و ٨٩٩ ، مازو طبعة ٣ ج ٦ بند ٨٨٥ و ٨٩٢ ، بودري وبارد ج ٤ طبعة ٣ بند ٢٩١٢ ، سوردا طبعة ٥ بند ٨٨٧ ، أوبري ورو طبعة ٥ ج ٦ § ٤٤٧ من ٣٨١ و هاشم ١٥ مكرر و هاشم ٣/٩٥ من ٣٨٢ ، قس مدني ٥ يناير سنة ١٨٩١ سيري ١٨٩٢-١-٢٤٧ ، قس مدني ١٠/١٠ سنة ١٨٨٦ دالوز ١٨٨٧-١-٢٢٥ ، قس جنائي ١٨٤٧/٨/٢٠ سيري ١٨٤٧-١-٨٥٥ ، مرسيليا ١٨٧٩/٥/٢٧ دالوز ١٨٨٠-٢-٢٤٣ ، قس ١٨٨٠/٢/٤ سيري ١٨٨٠-١-٤٦٣ ، مرائس ١٩٢٤/٤/٧ جازيت باليه ١٩٢٤-٢-١٦٠ ، محكمة اكس ٥/١٣ سنة ١٨٦٥ دالوز ١٨٦٦-٢-٢٣٨ ، يو ١٨٩٦/٦/١ سيري ١٨٩٧-٢-٣٠٨ ، قس ٨ مارس سنة ١٩٢٢ و ١٣ فبراير سنة ١٩٢٤ في دالوز ١٩٢٥-١-١٣٤ ، قس ١٩٢٦/٦/١٥ سيري ١٩٢٦-١-٢٤٩ وتطبيق إسمان ، قس ١٩٢٨/٦/١٨ جازيت باليه ١٩٢٨-٢-٤١١ ، قس ١٩٣١/١/٩ دالوز ١٩٣١-١-١٧١ ، قس جنائي ١٩٣٢/٦/٢٣ جازيت باليه ١٩٣٢-٢-٤٦٣ ، قس جنائي ١٩٣٢/٦/٢٥ جازيت باليه ١٩٣٢-٢-٤٦٣ ، قس جنائي ١٩٣٣/٥/٢٠ جازيت باليه ١٩٣٣-٢-٣٥٢ ، قس جنائي ١٩٣٤/٦/٢٨ سيري ١٩٣٤-١-٣١٦ ، قس جنائي ١٩٣٤/٨/٣ جازيت باليه ١٩٣٤-٢-٥٠١ ، قس جنائي ١٩٣٥/٨/٦ جازيت باليه ١٩٣٥-٢-٦٦٣ ، قس جنائي ١٩٣٦/٣/٢٧ جازيت باليه ١٩٣٦-١-٩٣٠ ، قس جنائي ١٩٣٦/٦/١٢ جازيت باليه ١٩٣٦-٢-٤٦٨ ، قس ٤ مايو ١٩٣٧ سيري ١٩٣٧-١-٢٤٧ ، سم ٢/٤ سنة ١٩٣٧ جازيت المختلط ٢٩ رقم ٤٥٨ من ٣٨٨ ، في قس المحكم بولونيا العليا ٩ مايو سنة ١٩٣٤ المجلة الفصلية للقانون للندن سنة ١٩٣٦ من ٣٠٤ .

(٢) جاردنا وورنشي طبعة ١٩٢٧ من ٤٤٠ بند ٩٩ ، دكتور سليبان مرقس مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ من ١٧١ ورسائله في نظرية دفع المسؤولية المدنية من ٣٩٨ ، ييجت بدوي — في رسالته المشار إليها آخا ٩٧؟؟ براتيه ١٢/١٢/١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥-٢-٤٥٤ ، نيم ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ من ٣٢٣ ، ليج ٥/١٩ سنة ١٨٨١ سيري ١٨٨١-٤-٤٠ ، سم ١٦/١١/١٢ B. L. J. سنة ٢٩ من ٦٤ ، ليسوف ١٨٦٧/٢/٢٥ دالوز ١٨٦٨-٢-١٠٩ ، باريس ١٨٨٣/٦/١٤ دالوز ١٨٨٤-٢-١٠٩ ، مرائس ١٩٠٠/٥/٢٩ دالوز ١٩٠١-١-٢٦٥ .

التبر^(١) . وقد حكمت بذلك المحاكم المصرية إذ قررت أن المفاوض رجل مستقل في عمله عن صاحب العمل وله كل الحرية الفنية في أن يتخذ وحده ما يراه لإمكان الوصول بالمفاوضة إلى النهاية المشترطة عليه في العقد ، ومن ثم لا تكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ، ولا يكون صاحب العمل مسؤولاً مع المفاوض عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفني في عمله بل المفاوض هو المسؤول وحده^(٢) . ومتى كان للسيد حق الرقابة على أعمال تابعه فلا عبرة بعد ذلك باستعماله حقه في هذه الرقابة وإصدار الأوامر كثيراً أو قليلاً ولا بعدم استعماله له مطلقاً^(٣) لأنه في كلتا الحالتين يكون مسؤولاً عن أعمال تابعه وإنما يشترط فقط أن يكون السيد قادراً على مباشرة هذا الحق فإن لم يكن ذلك في مقدوره بسبب ما للخدمات المنوطة بالتابع من صبغة فنية مثلاً تمنع القول بأن للسيد فضلاً عن الرقابة على عمل التابع الفني وحلى وسائل تنفيذه وانضمت بينهما علاقة التبعية فيما يتعلق بتنفيذ العمل الفني^(٤) .

و بتطبيق هذه التفرقة على علاقة الطبيب بالمستشفى يقولون إنه إذا كان الطبيب الذي يعمل بالمستشفى معيناً من قبل مجلس إدارتها فهذا لا يمنع من أنه

(١) نقض ١٨٨٠/٢/٤ سبى ١٨٨٠-١-٤٦٣ ، مصطفى بك مرعى طبعة ٢ بند ٢٠١ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية في ١٩٢٦/١٢/٢٠ عمارة ٧ ص ٥٨٤ رقم ٣٨٩ والمجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١١٩ ص ٢٢٩ ، موسى ١٩٣١/٢/٢٦ مرجع القضاء . ليد العزيز ناصر رقم ٥٤٦٢ ، س مخط ١٩٠٣/٦/٢٤ مجموعة القضاء والتشريع ١٥ ص ٣٥٩ ، س م ١٩٣٧/٢/٤ جازيت المختلط سنة ٢٩ رقم ٤٥٨ ص ٣٨٨ ، س م ١٩١٦/١١/١٢ سنة ٢٩ ص ٦٤ .

(٣) بهجت بموى المرجع السابق ص ٧٩ و ٨٠ ، هوك ج ٨ بند ٤٤٤ الفقرة الأخيرة ص ٥٩٠ ، مازو طبعة ٣ ج ١ بند ٨٨٨ ، مصطفى بك مرعى — المسئولية المدنية طبعة ٢ بند ٢٠٠ .

(٤) سوردا طبعة خمسة ج ٢ بند ٨٩٠ ، محاضرات الدكتور خيال غير المطبوعة في الالتزامات ، هنس جاني ١٩٣٤/٦/٢٨ سبى ١٩٣٤-١-٣١٦ ، بلزان في أوربي ورو طبعة ٥ ج ٢ ص ٤٤٧ ، هامش ٣/١٥ ، دكتور سليمان مرعش في مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٧٣ ورسائله في نظرية دفع للمسئولية المدنية النسخة العربية ص ٣٩٩ و ٣٩٨ .

يتمتع ختما بالاستقلال في العناية التي ينفذها لمرضاه وليس لإدارة المستشفى أن تصدر إليه أمراً فيما يدخل في صميم فنه ، بل إن عقد إدارة المستشفى يكون باطلا إذا كان من شأنه أن يفقد الطبيب حريته المهنية ، إذ احتفاظ المستشفى بالحق في أن يوصلوا إلى الطبيب أو لمره ، فيه اعتداء على المهنة الطبية ذاتها^(١) . ويبنى على ذلك أن الطبيب لا يمكن أن يكون تابعا طبقا للمادة ١٥٢/١٣٨٤ في كل ماله اتصال بشخصه الفنى^(٢) على الأقل إذا لم يكن الشخص الذى يتبع له طبيبا آخر^(٣) لأن هذه الصفة تفترض خضوعا تابعا للمهنة الطبية .

(١) يتوم في ٧ فبراير سنة ١٩٣٦ فالوز الأسبوعى ١٩٣٦-٤٣٦ ، نفس مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٢٨ فالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٣٦٧ .

(٢) مازو طبعة ٣ ج ١ بند ٨٩٤ ، هنرى مازو المجلة الفصلية ١٩٣٦- بند ٨ ص ٣٠٣ و ٣٠٤ ، جاردن وأورنيس طبعة ١٩٢٧ ص ٤٤١ بند ١٠٤ ، بارتان في أوربى ورو طبعة ٥ ج ٦ ص ٣٨٣ هامش ٣/١٥ ، كولان وكاتيان طبعة ٨ ج ٢ بند ٢١١ ص ٢٠٠ ، مارتان الحظ الذى المرجع السابق ص ٤٤ ، ديوج ج ٥ بند ٨٩٦ و ٩٠٣ وفي المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ١١٦ بند ٨ ، التطبيق على حكم السين في ١٩٠٦/٧/٦ سبرى ١٩٠٧-٢-٢٢ ، يهجت بدوى المرجع السابق ص ١١٢ ، دكتور سليمان مرقس مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ١٧٣ ، بيروفي سبرى ١٩٠٦-٢-١٧-٨ ، A. في فالوز ١٩١٥-٢-٥٠ السمود الأول ، بودرى وبارد طبعة ٣ ج ٤ ص ٦١٨ بند ١٩١٢ جروليتس ولالوى المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ٦٧٧ ؟؟ بند ٢٣ ص ٦٩٧ . ويذهب فلور (المرجع السابق ص ١٦٧ ؟؟ خاصة ص ١٧٢ و ١٧١) إلى أن الطبيب يجب ألا يعتبر تابعا حتى فيما وراء عمله الفنى . ومع ذلك فلور ديوج ج ٥ بند ٨٩٤ .

(٣) بلاينول واسان ج ٦ بند ٦٤٨ وهامش ١ ص ٨٧٦ . ويلاحظ أن اسبان يرجع انضمام رابطة التبعة إلى أن مزاولة المهنة الطبية يستلزم الحصول على شهادات تأييد أن يكون الطبيب تابعا لغير الحاصلين على شهادات مماثلة .

ديوج ج ٥ بند ٨٩٧ وفي المجلة الفصلية سنة ١٩٣١ ص ١١٥ و ١١٦ بند ٨ ، حكم آين ١٦ يوليو سنة ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣٠-٢-٦٨٥ وقد قضى باعتبار أحد الأطباء تابعا لطبيب أسنان . والواقع أنه لو صح أن الطبيب لا يمكن أن يعتبر تابعا في كل ماله اتصال بشخصه الفنى ، لا يجب أن يتمتع به من حرية في مباشرة مهنته فإنه لا عمل للفرقة بين ما إذا كان الشخص الذى ترند إخضاعه له طبيبا أم غير طبيب ، إذ القول بغير ذلك فيه إغفال للاعتبارات الأدبية التي أوجبت استقلال الطبيب في مباشرة العلاج الذى يختاره ويرتبه للعالة المخروجة عليه ؛ لا شك أن الطبيب يجب ألا يخضع لشخص لا لتمام لمباقتن الطبي ولكنه يجب ألا يفقد حريته =

ويضيفون إلى ذلك أن للنطق إذا كان يقضى بأن يظل الطبيب صاحب الكلمة الأولى في العلاج الذى يختاره حتى لا تتعطل جهوده بتدخل أناس يبيدين عن الإلزام بأصول الفن الطبي ، فليس ثمة ما يبرر أن يكون للطبيب مركز قانونى خاص فى كل ما لا يتعلق بالتطبيق الصحيح لأصول الفن ، لأن رقابة المستشفى تصبح فى هذه الدائرة منطقية ومشروعة^(١).

فصفة الطبيب إذن تنحصر ، فثارة يتمتع بحرية مطلقة وثارة يكون مدينا بالخضوع لغيره ، ومن ثم يكون أحياناً عاملاً مستقلاً ومستولاً وحده عن تصرفاته ، وأحياناً خاضعاً لغيره ، فأفضاله توجب مسؤولية هذا الغير . ولنعرف ما إذا كان تصرفه يوجب مسؤولية للمستشفى أم لا ، يجب علينا أن نبين ما إذا كان يدخل فى تطبيقه لأصول فنه أم لا^(٢) ، فإذا أمر بدواء سام وأعطى منه المريض جرعة كبيرة فمات على الفور ، وإذا تسبب فى قتل عدوى للمريض بسبب عدم تعقيم آلاته ، وإذا أصاب عضواً سليماً أثناء إجراءاته عملية فإن إدارة المستشفى لا تكون مسئولة لأن عمل الطبيب فى جميع هذه الحالات ذو صبغة فنية تجعل من حقه وحده أن يباشره ببرقابة لأحد عليه ، وبالعكس إذا لم يكشف على طفل مصاب بمرض معد قبل أن يهد به إلى ظئر لإرضاعه فنقل إليها العدوى فإنما نكون بصدد إهمال عادى ليست له صبغة فنية ومن ثم يفترض أن إدارة المستشفى أهملت فى فرض رقابتها على الطبيب ، إذ لو أنها أحسنت الإشراف عليه لاستطاعت أن تتلافى مثل هذا الإهمال بشير نزاع ، ومن ثم تكون مسئولة ، وهذه الصفرقة تزعم

== حتى قبل زملاته الحاصلين على شهادات مماثلة ولو قالوه علناً وتجربة . فصلحة الرضى تأبى أن يلزم الطبيب بتطبيق علاج لا يطعن إليه ولا يرضاه للمريض الذى أولاه حقه ووضع حياته بين يديه (راجع فى قسم الحقى الامون برتران فى التابع الحديث س ١٤٣ و ١٤٤ ، وفلور فى العلاقات بين المتزوج والتابع س ١٧٧ و ١٧٨) .

(١) جلردنا وريتشى طبعة ١٩٢٧ س ٤٤١ بند ١٠٥ ، ديوج ج ٥ بند ٨٩٦ و ٩٠٣ .
L. فى فلور ٩١٥ — ٢ — ٥٠٠ العمود الثانى ، يروى سيمى ١٩٠٦ — ٢ — ١٧ ب . ا .

(٢) يروى سيمى ١٩٠٦ — ٢ — ١٧ ب . ا .

أنها تألفت في مصر^(١) نفي فرنسا^(٢) بأحكام كثيرة تبدلوا غير مقبولة بل يبدو

(١) راجع محكمة مصر الأهلية في ١٩٣٥/٢/٤ عمالة ١٦ من ١٨٩ رقم ٨٤ وقد قضت بأن ديوان الأوقاف الملكية ليست له من الرقابة على الطبيب في أعماله الفنية الطبية ما يجعله مسؤولاً عن أخطائه الفنية باعتباره تابعاً له وفقاً لنص المادة ١٥٢م لأن المحام الذي تمثله للمذكورة هو الشخص الذي يدير في عمله بأمر سيده ولرشاده وتحت رقابته الفنية فإذا انضمت هذه الرقابة بحكم اختلاف مؤهلات الطرفين الفنية كان مرتكب الخطأ هو وحده المسؤول عن نتائج خطئه.

وراجع أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩٣٦/٧/١٩ (عمالة سنة ١٨ رقم ١٦٣ من ٢٩٤) إذ قضى بأن الحكومة إذا نذبت لجنة من الأطباء ذوي الكفاءة العلمية الخاصة لنقص حالة طالب الاستخدام فلا تكون مسؤولة عن أخطاء التشخيص التي قد يرتكبها أطباؤها (B. L. J. 40. 11 10).

وراجع أيضاً س غلط ١٩١١/٢/١٥ بمجموعة القضاء والتشريع سنة ٢٣ من ١٨٣. (٢) راجع في الأحكام التي تفت وجود رابطة تبعية في الدائرة الفنية : لـ ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨-٢٩٦ ، بـ ٦ فبراير ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦-٤٣٦ ، ديجون ١٢ أغسطس ١٩٠٢ سبزي ١٩٠٦-٢-١٧ ، جرينوبل ٢٩ أكتوبر ١٩٠١ دالوز ١٩٠٤-٢-٣٠ ، ليون ١٧ يونيو ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٨-٢-١٦٤ ، بوردو ٣١ يوليو ١٨٧٨ سبزي ١٨٧٩-٢-١٥ .

قرب فيما يتعلق بأطباء المستشفيات العامة : باريس ١٨ مارس ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨-٣٧٧ ، سين ١٤ ديسمبر ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١-٢-٢٧ ، سين ٦ يونيو ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦-١٥-٧١ وسبزي ١٩٠٧-٢-٢٢ ، بوردو ٦ فبراير ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠-٢-٤٧٠ ، بواتيه ٢٦ ديسمبر ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣-٢-٣٤٩ .

وراجع في نفس المعنى محكمة استئناف تورين ١٨٩٧/١٢/٢١ دالوز ١٨٩٧-٢-٤٧٥ ، محكمة بولونيا العليا ١٩٣٤/٥/٩ المجلة الفصلية ١٩٣٦ من ٣٠٤ ، بروكل ١٧/١٢/١٩٠٤/١٩٠٤ بازيكرزي ١٩٠٥-٣-٧٥ ، ليج ١١ مارس ١٨٩٩ بازيكرزي ١٨٩٩-٢-٢٥٣ . وقارن حكم محكمة لوفان في ١٨٩٥/٧/١٢ بلجيكا القضائية ١٨٩٧ من ١٤١٩ وقد تقي مسؤولية المستشفى العام استناداً إلى أن هيئة المستشفى باختيارها لعمالها إنما تجري عملاً من أعمال الحياة السياسية ومن ثم لا تطبق عليها المادة ١٣٨٤ التي تمنع أن اختيار التابع قد أجراه شخص لم يكن ملزماً بذلك بل كان مدفوعاً إلى هذا الاختيار باعتبارات شخصية .

وراجع في الأحكام التي أقرت بوجود رابطة التبعية فيما وراء الدائرة الفنية ، مرشيليا ١٨ فبراير ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨-٢٥٢ ، بـ ٣٠/٦/١٩١٣ سبزي ١٩١٣-٢-٢٧٧ ودالوز ١٩١٥-٢-٤٩ وكذلك الحكم الابتدائي من محكمة بـ ١٨ يوليو ١٩٢٤ ، ديجون ١٨ مارس ١٩٠٣ سبزي ١٩٠٦-٢-١٧ ودالوز ١٩٠٤-٢-١٣٤ و ١٣٥ ، باريس ١٨٩٣/٢/٢٤ دالوز ١٨٩٣-٢-١٨٩٠ والحكم خامس بمستشفى عام وكفلك الحكم الابتدائي من محكمة السين في ١٨٩٢/٤/١ ، تطبيق بـ ١٩٠٦-٢-١٧ =

لأن مسئولية المستشفى عن فعل الطبيب قدامى، وضمن ذلك أنه في أغلب الأحوال تكون مسئولية المستشفى عن فعل الطبيب عقدية لا تصيرية فالمستشفى يقبوله المريض يضمن له عناية طبية مناسبة لحالته وهو مسئول عن عدم تنفيذ هذا الالتزام إلى أن يثبت القوة القاهرة أو الحادث الجبرى^(١) ولا يتبرر فعل الطبيب من قبيل القوة القاهرة ما دام المستشفى هو الذى عهد إليه بالعلاج^(٢) ففي الدائرة العقدية ليس من حق المتعاقد أن ينيب غيره في التنفيذ دون أن يكون مسئولاً إن لم يتم هذا الأخير بتنفيذ الالتزام على الوجه المتفق عليه ، ومن ثم فالمسئولية هنا لا تفترض قيام رابطة التبعية بالمعنى المفهوم^(٣) ويبنى على ذلك أن المستشفى الذى يتعهد بعلاج مريض ثم يلجأ لطبيب لتنفيذ التزامه إنما يضمن فعل الطبيب سواء في الدائرة

== قانون حكم ليون ١٨٩٦/٦/١٧ دالوز ١٨٩٨-٢-١٧٤ وقد اعتبر إدارة المستشفى غير مسؤولة عن فعل الطبيب الذى أمر بنقل مريضة إليه دون أن يتأكد أهلها ودون أن يأكد من أنها كانت حية وقت نقلها .

(١) سافاتييه في دالوز ١٩٣٩-١-٥١ المسود الأول الفقرة الأخيرة ، نلور - الملاحظات بين التبع والتابع ص ١٧١ .

(٢) البرتوموتل في التطبيق على الأحكام الإيطالية في المجلة الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٩٧٩ .

(٣) سافاتييه في دالوز ١٩٣٩-١-٥١ عمود ثانى الفقرة الأولى وفي كتابه في المسئولية ج ١ بند ٢٨٣ ، حكم بواتييه ١٩٠٤/١٢/١٢ دالوز ١٩٠٥-٢-٤٥٤ ، وفي النقض عرائفى ١٩٠٧/١/٣٠ دالوز ١٩١٠-١-٤٣٢ ، فلور المرجع السابق ص ١٧١ ، مازو ج ١ طبعة ٣ بند ٩٩٩ ، ديوج ج ٦ بند ٥٧٢ ؟؟ بلانيول رادوان ج ٧ بند ٨٤٥ ، بران المرجع السابق بند ٣٥ ص ٤٥ ، نان رين ص ٤٣ الفقرة الأخيرة ص ٤٤ ، تفس ٣٧/١١/٢٠ Juris Classour ١٣٨٢ ؟؟ المسئولية الطبية رقم ١/٢١٤ .

راجع أيضا في شرح المسئولية العقدية عن فعل الغير وبيان أحكامها . سافاتييه بند ١٤٩ و ١٥٩ و ٢٨٣ ، مازو طبعة ٣ ج ١ بند ٩٦٥ ؟؟ بكيه المسئولية عن فعل الغير في الساتل العقدية المجلة الفصلية سنة ١٩١٤ ص ٢٥١ ؟؟ بهمت بدوى في رسالته في مسئولية التبع عن أفعال تابعيه ص ٥٥ ؟؟ وفي كتابه أصول الالتزامات بند ٣٧٢ ؟؟ سليمان مرقس في رسالته في نظرية دفع المسئولية ص ٤٠٦ ؟؟ بران المرجع السابق ص ٤٢ بند ٣٧٢ وما بعدها ، نانزين بند ٣٢ ص ٤٢ ؟؟ لالو طبعة ٢ بند ١١٠٣ ؟؟ ديوج في سبى ١٩٢٤-١-١٠٦ عمود أول وثانى ..

لورن بلانيول واسيان بند ٣٨١ .

القنية أو خارجها وهذا من غير شك هو القصد من التماقد وإلا كان تقيراً بالريض^(١)، ولقد فهمت محكمة باريس بحكمها الصادر في ١٩٢٣/٦/١٠^(٢) السألة على وضعها الصحيح إذ قررت مسؤولية شركة التأمين عن الإهمال الحاصل في علاج امرأة دخلت في مستوصف تدبره استناداً إلى أنها قبولها في المستوصف تكون قد تماقدت على حسن علاجها^(٣).

ويحق لنا أن نقول إذن إن المحاكم التي بحثت في الدائرة القدية عن تماقد رابطة التبعة للقول بمسؤولية المستشفى لم يصادفها التوفيق، فتطبيق المادة ١٥٢/١٣٨٤ م على الأطباء الذين يصلون في مستشفى أو شركة لا تعرض إذن إلا في الأحوال التي تكون فيها المسؤولية تقصيرية كمسؤولية المستشفى قبل أهل المريض

(١) سافاتييه ج ٢ بند ٧٩٦، وسافاتييه في دالوز ١٩٣٩-١-٥١ المود الثاني الفقرة الثانية.

قرب فلور للرجع السابق ص ١٧١ حلمش ١.

(٢) دالوز ١٩٢٤-٢-١٧. راجع أيضاً حكم استئناف ديجون في ١٨ مارس سنة ١٩٠٣ سبري ١٩٠٦-٢-١٧ وتطبيق يرو. وفارن الحكم الاجمالي في هذه القضية الصادر من محكمة ديجون في ١٩٠٢/٨/١٢ إذ جاء فيه. «وحيث إن بلترز يدعى من جهة أخرى أنه تم بينه وبين إدارة المستشفى عقد معاوضة منقضى» للالتزامات متبادلة بينهما، فإدارة المستشفى ملزمة بإيوائه وتقديم العلاج المناسب له، وأنه لما كانت إدارة المستشفى قد قصرت في القيام بالتزامها فإنه عني في دعواه قبلها. ولكن حيث إنه ثبت من أقوال بلترز نفسه أن الأنكيلوز الذي يشكو منه نشأ عن خطأ من الطبيب المعالج ومن ثم فإن مظنة عدم تنفيذ المستشفى للالتزامات أو تقصيره في القيام بها تقتضي لزماً خطأ مفروض من الغير الذي لا تسأل عنه. وأنه سبق أن تبين أن إدارة المستشفى ليست لها رقابة على ما يأمر به الطبيب المعالج وهي ليست مسؤولة عنه بغيره المصادرة ١٣٨٤ م ومن ثم لا يمكن أن تكون مسؤولة عن عدم التنفيذ الناشئ عن سبب أجنبي لا يمكن إنجازه إليها.

ولاحظ في هذا الحكم أنه اعتبر الطبيب أجنبياً عن المستشفى لانعدام رابطة التبعة مع أن هذه الرابطة غير لازمة في المسؤولية التقاعدية عن فعل الغير.

(٣) أنظر أيضاً في تطبيق الأحكام الصحيحة في الموضوع والرجوع إلى أحكام المسؤولية القدية حكم محكمة تورين في ٢٠ مارس سنة ١٩٢٣ المجلة القضائية سنة ١٩٣٥ ص ٩٧٦ بند ٤ من تعليقات البيروتو موثقل على القضاء الإيطالي، وتحت ١٩٣٧/١٢/٢٠ *Juris. Glaspour civil* تحت المواد ١٣٨٢ و١٣٨٣ المسؤولية القدية رقم ١/٢١٤.

الذى توفى نتيجة خطأ الطبيب عما أصابهم شخصياً من الضرر من جراء قد قريهم .

ونحن نستقد أن الطبيب في هذه الحالة يجب أن يعتبر تابعا للمستشفى أو الشركة أو المصنع الذى يعمل فيه حتى فيما يعتبر من صميم فنه^(١) إذ لا ضير في أن تلحق صفة التبعة أشخاصا ينطوى عملهم على نواح فنية لا يلزم بها المتبوع^(٢) فتقتصر

(١) سنهورى بك - الوجز في الالتزامات بند ٣٥٩ ، دكتور حشمت أبوسيت في الالتزامات طبعة ١٩٤٤ بند ٥٠٦ ص ٣٦٢ ، سافانيه ج١ بند ٣٠٠ وفي دالوز ١٩٣٩ - ١٩٤١ عمود ثان فقرة ٣ ، موريس زنجهر مشولية السيد المدنية رسالة باريس سنة ١٩٢٣ ص ٦٢ ، أميون برتران التابع الحديث ص ١٣٩ خاصة ص ١٤٧ و ١٤٣ و ص ٢٦٠ و ٢٦١ ، لالو طبعة ٢ بند ١٠٤٥ وطبعة أولى بند ٤٩٧ ، مقنعة لوسيان أولانيون لكتاب برتران التابع الحديث ص ٥ ، لاكس بند ١١٦ ، بيلل ص ١٨٠ .

عكس خيال محاضراته غير المطبوعة في الالتزامات قارن سنهورى وبهجت بدوى في المشولية التفسيرية في القانون المصرى ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ ص ٢٢٢ القسم الأوربى .

(٢) بلانيول واسمان ج١ بند ٦٤٦ ، مازو طبعة ٣ ج١ بند ٨٨٨ ، إدمون برتران التابع الحديث ص ٨٨ في الآخر سافانيه شرح المشولية ج١ بند ٢٨٨ و ٣٠٠ وفي دالوز ١٩٣٩ - ١٩٤١ - ١٩٤٢ العمود الثانى الفقرة الثالثة ، مصطفى مرعى المشولية طبعة ٢ بند ٢٠٠ ص ١٧٠ ، وراجع تحليلا دقيقا لهذه الفكرة في فلور المرجع السابق ص ١٦١ في لى ص ١٦٦ ، حشمت أبوسيت في الالتزامات طبعة ١٩٤٤ بند ٥٠٦ ص ٣٦١ في الآخر ، لاروميير طبعة ١٨٨٥ ص ٧٦ و ٦٠٥ و ٦٠٦ ، بوردو ١٨٥٩/٧/١١ دالوز ١٨٦٠ - ٧٣ - ٢٣ ، ديجون ١٩٢٧/٧/٢٠ - ٢٠ - ١٩٢٧ - ٢ - ٨٧٣ دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ١٣ وتطبيق يسون ص ١٥ عمود أول فقرة أولى ، سم ١٦/٣/١٩٢٢ مجموعة النصوص والقضاء ص ٣٤ و ٢٤٠ وقد اعتبر مالك الصيدلية غير الفنى مشولا عن الخطأ الفنى الذى وقع من مستغفم الصيدلى بكس بارتران في أوربى ورو طبعة ٥ ج١ ٤٤٧ هامش ٣/١٥ و ٣٨٢ و ٣٨٣ ، وخيال في محاضراته غير المطبوعة في الالتزامات .

قلنا في المتن إنه لا ضير في أن تلحق صفة التبعة أشخاصا ينطوى عملهم على نواح فنية لا يلزم بها المتبوع ، إذ القول بغير ذلك يفقد المادة ١٣٨٤/١٥٢ جل قيتها ، فالأجاء نحو تهمى الصل والتخصص الفنى يناق المالم السيد للماما تاما بجميع النواحي التى تنطوى عليها أعمال تاييهه والغالب أن من يستعين بشخص فنى دراية خاصة إنما يتبعه إليه لجزءه عن الالام بأصول فنه . قد يترض بأن المجبة التى تدل بها مبنية على اعتبارات من المصلحة الصلية لا يصح أن يمتد عليها فى تضير نس جاء خروجها على القواعد العامة ولكن يجب ألا يترتب عن البال أن هفا التمس قد دعت إليه هذه الاعتبارات الصلية فانها فى الخطأ البين أن تضرها جانباً فى يلات مدى تليله .

بنقل رقبته على مجرد التوجيه المأم^(١) وهو وضع مسلم به بالنسبة لقائد السيارة مثلاً

== لا شك أننا ننهي إلى إيجاب المسؤولية على أشخاص لا يستطيعون درء وقوع الضرر ، ومو ما يتناق مع مظنة الخطأ في الرقابة والتوجيه ولكن جعل مظنة الخطأ في الرقابة والتوجيه أسلماً لمسئولية السيد عن فعل تابعه أمر قد أجمع الفقه الحديث على اتخاذه (فلور المرجع السابق ص ٤٤٣٥ دالان في دالوز ١٩٣١-١٧٢ الصود الأول ، ملازو طبعة ٣ بنسب ٩٣١ ، بلانيول المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٩ ص ٢٩٦ ؟ برتران المرجع السابق ص ٩٣ ؟ راجع أيضاً لوران طبعة ٤ ج ٢٠ بند ٥٧٨ ، حشمت بند ٥٠٩ ص ٣٦٥) إذ لا يتصور كون المسؤولية مبنية على خطأ في الرقابة دون أن يستطيع السيد هي هذا الخطأ .

حقاً إن العمل الذي تحول به لا يخلو - من ناحية العدالة البحتة - من بعض التعكم ولكن يجب أن نعلم بأن مسؤولية السيد في ذاتها قاعدة مصطنعة فرضتها نصوص القانون فلا يمكن أن تخلو حدودها من شيء من التعكم بل إن هذا التعكم هو الثمن اللازم للعدالة الاجتماعية التي ننشدها . (١) زنجهر - مسؤولية التبوع المدنية رسالة باريس ١٩٢٣ ص ١٩ و ٢٠ ، سنهاوري - التزامات بند ٣٥١ ، باريس ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤-٢-٣١ ، بوردو ١١ يولية سنة ١٨٥٩ دالوز ١٨٦٠-٢-٢٣ .

ويتصل يبحث رابطة التبعية وتوفرها بالنسبة للطبيب بحث ما إذا كانت الصلاقة بين الطبيب والمستشفى يمكن أن توصف بأنها عقد إيجار أشخاص والاتصال بين العسكريين واضح ، فمقد الصل ورابطة التبعية كلاهما يعم طبقاً للنظرية التقليدية على حق الرقابة والتوجيه ، أي على وجود علاقة خضوع بين شخصين (راجع في هذا المعنى سافاتييه ج ١ بند ٢٩٦ ونور في العلاقات بين للتبوع والتابع آخر ص ١١٦ و ١٢٧ ؟؟ ادمون برتران التابع الحديث ص ٨٠ ؟؟ .

قارن تعليق بيرو في سيرى ١٩٢٤-٢-٥٧ خاصة الصود الثالث ، وراجع في اشتراط علاقة الخضوع في عقد العمل عرائض ١١/١٢/١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ ص ٧١٥ ، وتقض ١٩٢٥/٤/٢٤ دالوز ١٩٢٧-١-١٤١ ، تقض مدني ١٩٢٩/٤/٢٩ دالوز ١٩٣٠-١-٦ ، تقض مدني ١٩٣١/٧/٦ دالوز ١٩٣١-١-١٢١ ، وتعليق بيك ؟ تقض مدني ١٩٣٢/٦/٢٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ ص ٣٩٣ ؟ بلانيول ورواست ج ١١ بند ٧٧٢ ، برتران المرجع السابق ص ٩٣ ؟؟ .

ولذا كانت المحاكم قد أقرت بوجود علاقة التبعية ولو لم يوجد عقد عمل فإنها قررت دائماً أن عقد العمل يتضمن إنشاء رابطة التبعية بالمعنى المفهوم من المادة ١٥٢/١٣٨٤ (تقض جنائي ١٩٢٢/١/١٣ دالوز ١٩٢٣-١-٥١ وتعليق سافاتييه ، ديجون ٢٠/٧/١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨-٢-١٣ وتعليق بيسون) ولذا كنا في موضع آخر قد أكفينا بحق التوجيه الصام لقول بوجود عقد عمل بين الطبيب والمستشفى فلا غرو أن أكفينا هنا بهذا الحق لقول بوجود رابطة التبعية بينهما . وبلاحظ أننا لم نذهب فيما نقول إلى حد الاعتماد مع أنصار نظرية تحمل التبعة على رابطة التبعية الاقتصادية (سافاتييه في دالوز ١٩٢٣-١-٥ أطر التبعة أسطر الأخيرة من الصود الأول ص ٦ ؟؟ خاصة الفقرة الأخيرة من الصود الأول ص ٧ ، بيسون في == ٢٥ (اب ر)

في علاقته مع سيده^(١) فلماذا يرفض في علاقة الطبيب بالمستشفى^(٢)؟ لأن الطبيب يشغل مركزاً اجتماعياً خاصاً؟ ولكن متى كان المركز الاجتماعي أو الأدبي ذا تأثير في وجود رابطة التبعية أو عدم وجودها^(٣).

== دالوز ١٩٢٨-٢-١٤ عمود أول فقرة ٢ وما بعدها في العمود الثاني ، ودالان في دالوز ١٩٣١-١-١٧١ أنظر من ١٧٣ عمود ٢ فقرة أخيرة وما بعدها من ص ١٧٤ خاصة الفقرة ٣ من العمود الثاني ، وجان لو في دالوز ١٩٣٠-٢-٩٨ أنظر العمود الأول الفقرة الثالثة) فهي فكرة غامضة لا تصل بنا إلى أية نتيجة إذ أن كل فرد في حالة تبعية اقتصادية بالنسبة للآخرين ، وليس هناك من يستطيع أن يستغل في حياته عن كل من عداه . ملزومة طبعة ٣ ج ١ بند ٨٨٤ ، بهجت بدوى في المرجع السابق ص ٨٠ ؟؟ خاصة من ٨٣ و ٨٤ ، إسمان في المجلة الاقتصادية ١٩٢٤ من ١٩٥ إلى ١٩٧ ، فلور العلاقات بين التبعين والتابع من ٧٧ ؟؟ إلى ٨٠ ، قرب برتران — التابع الحديث ص ٣١٧ .

(١) باريس ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤-٢-٣١ ، ديحوت ١٩٢٧/٧/٢٠ دالوز ١٩٢٨-٢-١٣ وتعليق بيسون ، ملزومة طبعة ٣ ج ١ بند ٨٨٨ ، حشمت أبو سبيت — المرجع السابق بند ٥٠٦ ص ٣٦٢ ، فلور المرجع السابق ص ١٦١ .

(٢) ويرر فلور في صفة التبعية عن الطبيب (فلور — المرجع السابق ص ١٦٧) مع إقراره بها بوجه عام بالنسبة لسائر الرجال القنين (ص ١٥٦ ؟؟) بأن مناط رابطة التبعية هو في ثبوت الحق في الرقابة والتوجيه سواء أكان السيد يستطيع استعمال هذا الحق أم لا . على أنه إذا كان هذا الحق ثابتاً بالنسبة لكل شخص يستخدم آخر ولو انطوي عمل هذا الأخير على عناصر فنية لا يعلم بها السيد فإن إخضاع الطبيب لأية رقابة في كل ما له اتصال مباشرة مهنته أمر يأباه النظام العام (فلور ص ١٧٣) بل إن الطبيب الذي يتغلب عن استقلاله يغفل بأحد التزاماته المهنية وهو خطأ أكيد إن لم يستوجب الجزاء الجنائي فلا أقل من أن يوجب المسؤولية المدنية . (راجع في وجوب استقلال الطبيب في عمله وتعلق ذلك بالنظام العام . برتران للمرجع السابق ص ١٣٩ و ١٤٠) .

ونحن نرى أن الأساس الذي يبنى عليه فلور رأيه لا يسلم من النقد إذ كيف يفرق القسانون بين مركز شخص لا يملك الحق في الرقابة والتوجيه وآخر يملك هذا الحق ويستعمل عليه استعماله وكان الأول يغلور أليلاً إلى هذا الطريق المتوى ليبر مركزاً خاصاً لأرباب الهن العرة ، بل كان الأخرى به أن يرجع إلى الواقع ويقرر أن مناط رابطة التبعية هو في حلول شخص على آخر في القيام بعمل لصالحه ولصاحبه ، وطبعاً أن رابطة التبعية على هذا الأساس لا تستلزم خضوعاً تاماً من التابع للتبعية (مقدمة لوسيان أو لانيون لكتيب برتران في التابع الحديث ص ٤٥) بل يكفي قيامها بثبوت الحق في التوجيه العام فليد على التابع (قرب ما قوله بما يقوله برتران للمرجع السابق ص ٢٦٠) .

(٣) ملزومة طبعة ٣ ج ١ بند ٨٨٦ ، لالو طبعة ١٩٢٨ بند ٤٩٧ وطبعة ٢ بند ١٠٤٥ ، فلور المرجع السابق ص ٨٠ ؟؟ .

حقاً إنه ليدون أن القضاء في فرنسا يخالف الرأي الذي اتهمنا إليه ، ولكننا لوأمعنا النظر في الأحكام التي أصدرها لتيينا أنها لم تنصل في الموضوع بصفة قاطعة ونهائية ، إذ في الغالب كان بحثها عن توافر رابطة التبعية في الدائرة الفنية خطأ أو تزيدا .

كان بحثها عنها من قبيل الخطأ في جميع الأحوال التي كانت المسئولية فيها عقدية ، فكما سبق أن بينا إن مسئولية المستشفى عن خطأ الأطباء في الدائرة التعاقدية لا تفترض قيام رابطة تبعية بينهما بالمعنى المقوم من المادة ١٥٢/١٣٨٤^(١) ، وكان بحثها عنها تزيداً لا يمتد به ، في أغلب الحالات الأخرى إذ كثيراً ما اندفعت إلى القول بنفي رابطة التبعية دون أن تدعو إلى ذلك حاجة من ضرورات القضية^(٢) ، فهي تارة تبدأ بنفي حصول أى خطأ من الطبيب الأمر الذي

== فارت باريس ١٩٣١/٧/٢ جازت باليه ١٩٣١-٢-٦٥٣ (آخر الصود الثاني أنظر لخطر ٧٢ من ٦٥٤ الصود الأول) ومحكمة آئين في ١٦/٧/١٩٣٠ جازت باليه ١٩٣٠ — ٣ — ٦٨٥ .

(١) راجع مثلاً محكمة دييجون المدنية في ١٢/٨/١٩٠٢ وكذلك الحكم الاستثنائي في خمس القضية في ١٨/٣/١٩٠٣ سبى ١٩٠٦-٢-١٧ ، دالوز ١٩٠٤-٢-١٣٤ . ومع ذلك يلاحظ أن الفقرة الأخيرة من الحكم الاستثنائي فيها عرض صحيح للموضوع ورجوع إلى مبادئ المسئولية التعاقدية الواجب إعمالها ، وهذا الحكم وإن أقر الوضع الصحيح للسألة في هذه الفقرة إلا أنه منقذ من حيث تطبيقه للمادة ١٣٨٤ في دائرة المسئولية العقدية ، فهو حتى كما لاحظ بران يحق على نظرية الجمع وهي نظرية مرفوضة للاعتبارات التي سبق أن بيناها (بران المرجع السابق ص ٢٨٦ بند ٢٦١) . وكذلك محكمة استئناف يور في ٣٠/٦/١٩١٣ والحكم الابتدائي في ١٨/٧/١٩١٢ في سبى ١٩١٣-٢-٢٧٧ ودالوز ١٩١٥-٢-٤٩ .

(٢) راجع حكم محكمة ليون في ١٧/٦/١٨٩٦ التي قررت أن إدارة المستشفى ليست مسؤولة عن فعل الطبيب الذي يعمل فيها والتي أمر بقول مريضة إليها بنير إذن أهلها ودون أن يتأكد من أنها كانت على قيد الحياة وقت قتلها . ولم يكن الفصل في القضية يستدعي مثل هذا التذليل من جانب المحكمة فالمرضى كانت مرفوعة على إدارة المستشفى بسبب سماحها بتفويض جثمتريضة وصلت إليها ميتة فالمسئولية كانت خاصة بالتفويض لا بالنقل ولقد انتهت المحكمة فعلا إلى الحكم على المستشفى بالمسئولية رغم الاعتبار التي ذكرته في حكمها (دالوز ١٩٨-٢-١٦٤) .

ونفلا عن ذلك فالمحكم في الواقع قد رفض التفرة للزعومة فإنه تنى رابطة التبعية فيما يتعلق بالحادث في قتل المريضة إلى المستشفى وهو خطأ جرت العادة على اعتباره خطأ عادياً .

كان يكفي وحده لهدم مسؤولية المستشفى^(١) دون حاجة إلى إنكار وجود رابطة التبعية، وتارة أخرى تقرر أن رابطة التبعية، لما كان منطلها حق السيد في مراقبة التابع وتوجيهه فإنها لا تتوافر في علاقة الطبيب بالمستشفى في كل ما له اتصال بعمله التقني أما فيما عدا الناحية الفنية فرابطة التبعية متوافرة ثم تنهى بعد هذا التحليل القانوني إلى إقرار وجود رابطة التبعية على اعتبار أن الخطأ الذي نسب إلى الطبيب ليس خطأ فنياً^(٢).

ولا يفوتنا هنا أن نلاحظ أن ليس هناك حد فاصل بين الخطأ التقني والخطأ العادي، وإنما لنفس أن المحاكم كلما أرادت أن تقرر مسؤولية المستشفى كانت تقرر أن الخطأ الذي أتاها الطبيب هو من قبيل الخطأ العادي مع أننا لو حللناه لوجدنا أحياناً أنه ينطوي على عناصر فنية لا يصح التغافل عنها^(٣).

(١) باريس ١٨ مارس سنة ١٩٣٨ بل إن هذا الحكم تقي أيضاً علاقة السببية بين الملاج التي أجراها الطبيب والفرحة التي حصلت (دالوز الأسبوعي ١٩٣٨-٣٧٧).
قرب أيضاً حكم إكس في ١٩٣٨/٢/١٧ فهو أيضاً قد هي كل مسؤولية على عاتق الطبيب ولكنه لم يستبعد مسؤولية المستشفى استناداً إلى هذا الاعتبار وقد كان وحده كانياً لنفي المسؤولية بل قرر عدم وجود رابطة تبعية بين المستشفى والطبيب في عمله التقني (دالوز الأسبوعي ١٩٣٨-٢٩٦) سين ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١-٢-٢٧، بواتيه ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣-٢-٣٤٩. قرب استئناف بورديو ١٨٧٨/٧/٣١ سبتمبر ١٨٧٩-٢-١٥، مصر الأهلية في ١٩٣٥/٢/٤ علامة سنة ١٦ رقم ٨٤ من ١٨٩٩. .
فان حكم محكمة جنح يتوم في ١٩٣٦/٢/٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦-٤٣٦ إذ قضت برفض مسؤولية السبعة المعروف على إدارة المستشفى رغم قضائها بالمسؤولية على الطبيب استناداً إلى انتهاء رابطة التبعية. ولكن هذا الحكم تبدل من محكمة دوه الاستثنائية. حقاً إن المحكمة قد انتهت إلى رفض مسؤولية المستشفى ولكنها خالفت محكمة أول درجة في التبدل، فبدلاً من أن تعتمد على هي رابطة التبعية عمدت إلى القول بأنه ما دامت مسؤولية الطبيب قد انضمت فلا مسؤولية على إدارة المستشفى.

(٢) استئناف ديجون في ١٩٠٣/٣/١٨ سبتمبر ١٩٠٦-٢-١٧، محكمة استئناف الجزائر في ١٩٣١/١١/٥ دالوز ١٩٣٧-١-٥ (راجع ص ٧ عمود ٢). قرب بوني ٣٠ يونيو سنة ١٩١٣ وكذلك الحكم الابتدائي سبتمبر ١٩١٣-٢-٢٧٧، محكمة مرسيليا المدنية ١٩٣٨/٢/١٠ دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٨ من ٢٥٢.

(٣) راجع مثلاً حكم ديجون ١٩٠٣/٣/١٨ سبتمبر ١٩٠٦-٢-١٧، ويو ٣٠ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٥-٢-٤٩ وتعليقات برتران عليها بالني الذي عوله في كتابه —
التابع الحديث ص ١٤٢.

ويبدو لنا إذن أن القول بأن هناك قضاء مستقراً على نفي رابطة التبعية بين المستشفى والطبيب في كل ما له اتصال بعمله الفني لا يمر تمييزاً صادقاً عن حقيقة المبادئ التي قررها القضاء لاسيما إذا لاحظنا أن بعض الأحكام أقرت مسؤولية المستشفيات حتى عن الخطأ الفني للأطباء الذين يعملون فيها^(١).

وأخيراً فما هي ذى محكمة النقض المصرية قد أقرت وجهة النظر التي نتائى بها ، حيث قررت أن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب^(٢). وهكذا فإن مسؤولية المستشفى تنضم إلى مسؤولية الطبيب لتوفر للمريض أكبر ضمان للوصول إلى حقه في التمريض وإنه لمن المصلحة أن يكون الأمر كذلك حتى تضطر الشركة أو المستشفى إلى حسن اختيار أطبائها فلا يثير عملهم مسؤوليتها في كل وقت .

لكن هل يشترط لقيام مسؤولية المستشفى أن يثبت خطأ شخصي على الطبيب ؟

(١) محكمة السين في ١٨٨٦/٤/٥ و ١٨٨٩/١/٢١ في هامش لفرة ٢٥٣ من Dalloz Répertoire Supplément 9. Hospices & Hopitaux ، محكمة دنسرك المدينة في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ الذي تأيد لأسبابه من محكمة استئناف دويه في ١٣ أكتوبر سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٥-٢-٤٧ ، مرسيليا ١٩٣٨/٢/١٠ جازيت باليه ١٩٣٨-١-٩٢٤ .

قربليون ١٩٠٣/١٢/٩ سيري ١٩٠٤-٢-١١٢ ، أفين ١٩٣٠/٧/١٦ جازيت باليه ١٩٣٠-٢-٦٨٥ وتطليق برتران عليه في كتابه «التابع الحديث» ص ١٤٣ .

(٢) يؤيد حكم محكمة النقض السهوري بك الموجز في الالتزامات بند ٣٥١ ويارضه الدكتور خيال في محاضراته غير المطبوعة في الالتزامات ، والدكتور سليمان مرقس مجلة القانون والاقتصاد سنة ٧ ص ٤٤١٧٠ .

حقاً إن محكمة النقض لم توفق في التمييز الذي اختارته لأن الأخذ بمبدول كلمة التبعية الأدبية على إطلاقه يؤدي كما قال الدكتور سليمان مرقس بحق (ص ١٧٥ من المرجع السابق) إلى توسيع دائرة التبعية وتراخيها إلى أقصى حدود التراخي ولكن المعنى الذي قصدته ظاهر ، فلا شك أنها رأت الاكتفاء بحق التوجيه العام لقيام راجلة التبعية بالمعنى المقصود في المادة ١٥٢ .

راجع أيضاً حشمت أبوستيت - المرجع السابق ص ٣٦٢ هامش ١ وهو يؤيد حكم النقض من حيث المبدأ ولكنه يرفضه من حيث النتيجة التي وصل إليها بالنظر إلى ظروف الدعوى .

هذا ماقرره محكمة النقض الفرنسية في ٣٠/١٢/١٩٣٦^(١) في قضية تلخص ظروفها في أنه أثناء إجراء عملية بأحد المستشفيات أفلت حامل الإبر من يد الجراح للبائر العملية فأصيب الطبيب المساعد في عينه .

ورغم أنه لم يثبت أى خطأ على الجراح فإن محكمة استئناف الجزائر^(٢) اعتبرته مسؤولاً مع إدارة المستشفى عن تمريض الضرر الذى لحق الدكتور إزارا ، الطبيب المساعد . ولقد بنى الحكم بالنسبة للجراح على أساس الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ في المسؤولية عن الأشياء المستعملة . أما المستشفى فاعتبر مسؤولاً عن فعل الجراح بوصفه تابعاً له .

ولكن محكمة النقض ألقت هذا الحكم بحجة أنه لا يجوز الجمع بين مسؤولية حارس الشيء ومسؤولية السيد فهل أصابت محكمة النقض في حكمها ؟

الواقع أن حكم محكمة النقض مبنى على أن السيد لا يسأل إلا إذا كانت مسؤولية التابع ناشئة عن خطأ شخصي من جانبه أما إذا كانت مسؤوليته مبنية على الإهمال في الحراسة^(٣) فلا يكون ذلك سبباً لمسؤولية السيد . ويبدو لنا أن هذا التدليل لا يتماشى مع أساس مسؤولية السيد عن فعل تابعه .

ذلك أن القواعد التى تحكم هذه المسؤولية لا يمكن تفسيرها إلا على أساس أن التابع يحل محل السيد فهو امتداد لشخصيته ومن حق الجاني عليه إذن أن يعتبر فعل التابع صادراً من السيد^(٤) .

(١) دالوز ١٩٣٧-١-٥ وتطبيق سانتييه ، المحلة الفصلية سنة ١٩٣٧ من ٣٥٣ رقم ٩ وتطبيق ديموج ، سيري ١٩٣٧-١-١٣٧ وتعلق مازو .

(٢) ١٩٣٦/١١/٥ دالوز ١٩٣٧-١-٥ .

(٣) وتظهر أهمية حكم محكمة النقض بنوع خاص في أن المبدأ الذى قرره يشمل كما سئى المسؤولية المفترضة ببائر أنواعها أى سواء كانت مبنية على خطأ في الحراسة أو على خطأ الغير .

(٤) مازو في سيري ١٩٣٧-١-١٣٨ السود الأول ، لوسيان أولانيون — مقدمة كتاب أدمون برتران التابع الحديث ص ٥ في الآخر ؟ مازو في المسؤولية ج ١ طبعة ٣ بند ٩٣٤ ؟؟ إلى ٩٣٨ ، برتران التابع الحديث ص ٢١٩ ؟؟ راجع نظرية شيروني كالخصا ديموج ج ٥ بند ٨٨٣ . وتقرن في انتقاد الفكرة تلور — العلاقة بين المتبوع والتابع ص ٤٤٩ ؟؟ .

فإذا افترض القانون مسئولية التابع بناء على خطأ في الحراسة فمن حق المجنى عليه أن يعتبر هذه القرينة موجهة أيضاً ضد السيد^(١)، بمعنى أن المجنى عليه له أن يحتج على السيد بالقرينة التي وضعها القانون ضد التابع وهو حل عادل، فضلاً عما فيه من ضمان للمجنى عليه^(٢) هو غير مجحف بالسيد، إذ يجب ألا ينرب عن البال أن مسئولية السيد قاصرة على ما يصدر من التابع قياماً بأعباء الوظيفة التي أناطها به .

ولو أن السيد هو الذي استعمل الشيء بنفسه لما كانت ثمة حاجة لإثبات الخطأ عليه فكيف يتغير الوضع لو أن السيد اعتمد في القيام بالعمل على تابع له، وكيف يضار المجنى عليه من أن السيد اعتمد في القيام بالعمل على أحد تابعيه . وأخيراً فإنه يؤخذ على حكم النقض أنه فرق في مسئولية السيد بين ما إذا كانت مسئولية التابع مبنية على خطأ ثابت أو خطأ مفروض وهي تفرقة ليس ثمة ما يبررها إذ في كلتا الحالتين هناك خطأ من التابع فلامعنى القول بوجود مسئولية السيد تارة ورفضها تارة أخرى^(٣).

والقاعدة التي وضعناها يجب أن تعم بحيث تشمل مسئولية السيد جميع الأحوال التي تجب فيها مسئولية التابع سواء عن خطأ ثابت أو عن خطأ في الحراسة أو عن خطأ من الغير^(٤).

(١) مازو في المسئولية ج ١ طعة ٣ بند ٨٦٧ وفي سيري ١٩٣٧-١-١٣٨ عمود أول.
(٢) وهو ما يتفق مع غرض الشارع (تقرير جوسران في دالوز ١٩٣٧-١-١٠ عمود أول) ومع الاتجاه العام في الفقه والقضاء إلى توفير أكبر ضمان للمجنى عليه للحصول على حقه في التويض (سافاتييه في دالوز الأسبوعي ١٩٣١ ص ٩ تحت عنوان Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels، لوسيان أولانيون - مقدمة لكتاب آدمون برتران في التابع الحديث ص ٤٤٩).

(٣) جوسران - شرح القانون للمدق طعة ٣ ج ٢ بند ١٢٠ مكرر، ديموج ج ٥ بند ٩٣٦ ص ١٤١، مازو في سيري ١٩٣٧-١-١٣٨ عمود أول، مازو في المسئولية بند ٩١٨ و ١٠٩٩ و ٨٦٧ و ٩٢٧ ص ٩٣٢، تقرير جوسران في دالوز ١٩٣٧-١-١٠، محكمة السين ١٨٨٤/١/٢٧ جازيت باليه ١٨٨٧-١-١٠ ملحق ٢٤ .

(٤) ديموج ج ٥ بند ٨٩٢ الفقرة الأولى وبند ٩٣٦، مازو في سيري ١٩٣٧-١-١٣٨ =

ولكن هل يمكن أن يعتبر التابع حارسا لشيء سلمه اليه السيد وهل يمكن من جهة أخرى أن يكون سيذا لغيره ؟

زعم سافاتييه أن صفة الحارس والتابع صفتان متافترتان . فالحارس يجب أن يكون له الاستقلال التام في استعمال الشيء^(١) بينما التابع هو من يستعمل الشيء لصالح سيده عملا بإياه تبعة أخطاره ومن ثم يكون السيد هو الحارس حتما^(٢) أما التابع فلا تكون له الحراسة إلا حيث يتخلى له السيد عن الحق في إصدار الأوامر إليه أو بعبارة أخرى حيث يتخلص من صفة التبعية^(٣).

فهل يمكن أن يؤخذ هذا القول على علته ؟

== عمود أول وفي كتابه المشولية ج ١ بند ٧٩٠ و ٩١٨ ، عرائض ١٢/١/١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧-١٤٥٠ . عكس سافاتييه في دالوز ١٩٢٧-١٤٦١-١٤٦٠ الفقرة الأخيرة من الممود الثاني .

(١) بيسون — نكرة العراسة في المشولية الناعمة عن الأشياء رسالة سنة ١٩٢٧ ص ٣٣٣ إلى ٣٧ و ٩٠ ؟؟ خاصة ص ٩٣ .

(٢) سافاتييه دالوز ١٩٣٧-٦١-٦٠ المود الثاني الفقرة الأخيرة ، نلور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٥ ص ٣٧٩ ؟؟ راجع ص ٤٠١ حيث يقول .

On ne peut être commettant sans être gardien puisqu'on a par hypothèse une autorité complète permettant de fixer au preposé le but à atteindre comme les moyens d'y parvenir. — دالوز ١٩٢٥-١٩٢٤/١١/٢٥ عرائض ٢٥/٢/١٩٢٩ سيري ١٩٢٩-١-٢٩٧ وتطبيق هوجيني ص ٢٩٨ § ٢ ، ودالوز ١٩٢٩-١٢٩٩ وتطبيق ريبير وجهة نظر الطاعن في نفس ٣٠/١٢/١٩٣٦ دالوز ١٩٣٧-١-١٠ راجع تقرير جوسران ص ٩ عمود ٢ ، قرب نفس ٢ مايو سنة ١٩١١ دالوز ١٩١١-١-٣٦٧ عرائض ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥-١-٤٩ وتطبيق سافاتييه ص ٥٠ المود الثاني بـ أولا .

فان مع ذلك نفس ١٢/١/١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧-١-١٤٥٠ .

(٣) سافاتييه في دالوز ١٩٣٧-٦١-٦٠ المود الأول الفقرة الأخيرة . ولتلك فهو يقول في المود الأول الفقرة ٣ ص ٦ من نفس المرجع :

Ainsi la construction d'une responsabilité du fait d'autrui posant sur le commettant du gardien de la chose dommageable se résout finalement en un jeu de l'esprit construit sur une hypothèse irréalisable. L'architecture en est impeccable mais elle n'a pas de rapport avec le monde des réalités.

الواقع أنه إذا كان الأصل أن المالك إذا سلم التابع شيئاً فإنه يستبقى مع ذلك حراسته وهو ما قضت به المحاكم باضطراد^(١)، فإنه لا نزاع في أن المالك إذا تخلى للتابع عن السلطة في استعمال الشيء فإنه يتخلى بذلك عن حراسته^(٢) دون أن يقترب على ذلك أن يفقد التابع صفته^(٣).

ومن جهة أخرى فإنه لا معنى للقول بأن التابع لا يجوز أن يكون سيداً لغيره ما دام أنه يستخدم ذلك الغير في أداء فعل مكلف هو أصلاً بالقيام به^(٤). ولا يفوتنا أن نشير إلى أن الرأي الذي نؤول به يثير صعوبة دقيقة في رجوع

(١) يسون فكرة الحراسة في المسؤولية التابعة عن الأشياء رسالة سنة ١٩٢٧ ص ٤٤٩٧، مازو ج ٢ طبعة ٣ بند ١١٧٥، قس ١٩٢٩/٢/٢٧ سيري ١٩٢٩-١-١٩٢٧ وتطبيق هوجيني ص ٢٩٨ § ٢ عمود ثاني وثالث ودالوز ١٩٢٩-١-١٢٩١ وتطبيق ريبير، قس ١٩٣٠/٥/١ دالوز ١٩٣٠-١-١٣٧، قس ١٩٣٠/٧/٢٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠-٥٢٣ وسيري ١٩٣٢-١-١٦١ تطبيق هوجيني § ١ عمود أول، بلانيول وإسمان ج ٦ بند ٦١٤، سافاتييه في دالوز ١٩٢٧-١-١٤٦ المصود الثاني.

(٢) وجهة نظر الدفاع في قضية القس ١٩٣٦/١٢/٣٠ دالوز ١٩٣٧-١-٥ راجع تقرير جوسران ص ١٠ عمود أول، مازو طبعة ٣ في المسؤولية بند ٨٦٧ و ١١٧٥، وقرب بند ١١٠١ وفي سيري ١٩٣٧-١-١٣٧ المصود الثاني، لالو طبعة ٢ بند ١٢٢٧ ص ٥٧٠، هرائي ٢٧/١/١٢ دالوز ١٩٢٧-١-١٤٥.

(٣) تقرير جوسران ١٩٣٧-١-١٠ الفقرة السابقة على الأخيرة من المصود الأول، عرائي ١٩٢٧/١/١٢ دالوز ١٩٢٧-١-١٤٥، جوسران شرح القانون المدني ج ٢ طبعة ٣ بند ٥١٢ مكرر، مازو ج ١ طبعة ٣ بند ٨٦٧ وج ٢ بند ١١٧٥، جان لوف في دالوز ١٩٣٠-٢-٩٩ المصود الثاني الفقرة الأخيرة المجلد الأخيرة.

عكس سافاتييه في دالوز ١٩٣٧-١-٦١ عمود أول الفقرة الأخيرة وفي دالوز ١٩٢٧-١-١٤٦ عمود ٢.

لارن يسون في دالوز ١٩٢٨-٢-١٥ المصود الثاني والفقرة الأولى من المصود الأول ص ١٦.

(٤) مازو ج ١ بند ٨٩٠ في الآخر، ديموج ج ٥ بند ٨٩٢، لالو طبعة ٢ بند ١٠٣٢.

عكس سافاتييه في دالوز ١٩٢٧-١-١٤٦ الفقرة الأخيرة من المصود الثاني.

لارن زنجهر — مسؤولية السيد المدنية رسالة باريس ١٩٢٣ ص ٥٩، وفلور في العلاقات بين المتبوع والتابع ص ١١٩ ٤٤.

السيد على تابه ذلك أنه في الأحوال العادية يتحتم على المجنى عليه إثبات خطأ التابع وهذا انطوائاً ثابت يصلح أساساً لرجوع السيد على تابه . ولكن في حالتنا السيد يسأل دون أن يكلف المجنى عليه بإثبات خطأ من التابع فهل يعمل هو بهذا الصب الذي لم يكلف به المجنى عليه أم هل يكون له أن يستند على نفس القرينة التي استند إليها المجنى عليه .

يبدو لنا أن الحل الذي يوجهه المنطق وتفرضه المبادئ التي قررها القضاء باضطراد هو أن يكون للمجنى عليه وحده الاستناد إلى القرائن التي وضعا القانون لصالحه فحسب ومن ثم فلا يفي السيد من إثبات خطأ التابع إن أراد الرجوع عليه ^(١) .

لا شك أن هذا الحل قد يثير الجدل إذ يبدو أنه يحمل السيد بقرينة لم تفرض عليه ، ولكن يجب ألا يقرب عن البال أن التابع في أدائه لوظيفته هو امتداد لشخصية السيد فالقرائن التي تقع عليه تعتبر موجبة أيضاً ضد السيد .

أحكام المسؤولية في حالة المستشفيات العامة :

قبل أن نتعرض لتحديد أحكام المسؤولية في حالة اشتغال الطبيب بأحد المستشفيات العامة نبادر إلى القول بأن المستشفى العام لا يكون مسئولاً بذاته إلا إذا كانت له شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة أو بعبارة أخرى إذا كان معتبراً مؤسسة عامة وهو لا يكون كذلك إلا إذا اعترف له بالشخصية المعنوية بقانون أو بمرسوم أو ظهرت هذه الشخصية على الأقل من نصوص القوانين والمراسيم واللوائح الإدارية خلاصة به ^(٢) .

(١) مازو طبعة ١٩٣٤ ج ١ بند ٩٢٧ ص ٩٣٢ ، وفي نفس الموضع عند ما تكون مسؤولية التابع مفترضة بوصفه حارساً محكمة جينجطب ١٩٣٦/٢/٥ جازت بإليه ١٩٣٦-١-٨٩٨ ، مازو في سري ١٩٣٧-١-١٣٨ عمود ثاني ، وفي مبدأ أن المجنى عليه وحده له أن يتمتع بالقرينة التي وضعت لصالحه راجع بخصوص المسؤولية عن الغير مازو بند ٧/٢٢٨ ، وعن الأعياء بند ٨٦٧ و ٢/١٠١٧ .

(٢) وهو الاعتراف الضمني .

فإذا لم تكن للمستشفى شخصية معنوية مستقلة وجب أن نبحث عن الشخص المعنوي العام الذي يتبع له فيكون هو المسؤول إذا كان ثمة مسئولية عن فعل الأطباء الذين يعملون بالمستشفى، والأمر في ذلك مرجعه إلى القوانين واللوائح^(١) فأحياناً يكون المستشفى تابعاً للدولة وأحياناً يكون تابعاً لإحدى الشخصيات الإقليمية أو المؤسسات العامة . ومتى عرفنا الشخص المعنوي العام الذي يسأل عن الأطباء الذين يعملون بالمستشفى وجب علينا أن نبحث في طبيعة مسئوليته وهل هي مسئولية عقدية أو تنصيرية ، والأمر في ذلك مرجعه إلى تحديد العلاقة بين المرضى والدولة أو الشخص المعنوي العام القائم بإدارة المستشفى .

يميل الشراح عموماً وبنوع خاص فقهاء القانون للدنى إلى التمسك بأهذاب الأنظمة الرومانية القديمة ليدخلوا في حدودها جميع المراكز القانونية . وهذه الرغبة في ذاتها مشروعة فهي تسمى إلى إحياء التمسك في النظام القانوني ولكن الغاية المنشودة منها لا يمكن أن تتحقق إلا إذا كانت الأنظمة الرومانية من الرنة بحيث يمكن أن تنطوى تحتها كل المراكز التي أوجدتها الحياة المصرية وإلا انتبهنا إلى مشاكل تعذر حلها أو إلى حلول يستحيل قبولها لأنها تتنافى العدالة وتصطدم بالمصلحة العامة فلا غرو أن نادى ليفي إلمان باستبقاء فكرة العقد في دائرة القانون الخاص^(٢) .

ومع ذلك فإن فقهاء القانون اللذين يزعمون أنه من الممكن إدخال جميع التصرفات وكل المراكز في الحدود التي رسمها الرومان منذ عشرين قرناً، فلما أرادوا تكيف علاقة المستفيد من المرافق العامة بالدولة لجأوا إلى نظرية العقد^(٣) تلك

(١) سافاتييه في المسئولية ج ١ بند ٢١٠ .

وقد لا يخفى الأمر من شيء من الصورة فتشقى الفصر المعنى مثلاً بعد أن كان تابعاً لوزارة الصحة ضم للجامعة ثم أعيد في ميزانية ١٩٤٤-١٩٤٥ إلى وزارة الصحة مرة أخرى .

(٢) ليفي إلمان مذكور في السهورى - نظرية العقد ص ٨١ هامش ٢ .

(٣) ديموج - ج ١ بند ٢٣ مكرر 1911 Geny Des droits sur les lettres missives Christian Chavanon. Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel ou commercial T. I. No. 29 P. 52 etc. وفي استعراض النظرية P265 etc. Ch. Blaevot N.D. 1935. I 33 etc. v.p. 36 جيز في المبادئ العامة في القانون الإدارى طبعه ٣ (في سير الصالح الصومية) ص ٤١٩ .

النظرية التي وضعت أصلاً لتحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض لا تنتظم علاقة للأفراد بالسلطة العامة^(١).

ولو أننا سرنا مع منطقهم إلى النهاية قلنا إن علاقة المريض بالمستشفى هي علاقة تعاقدية.

لا شك أن ليس هناك تكافؤ بين إرادة المتعاقدين ولا شك أيضاً أن المريض يدعّن لنظام المستشفى ، ولكن هذا لا يمنع في نظرهم من وجود علاقة تعاقدية ناشئة عن عقد إذعان^(٢).

على أن هذا الرأي يبدو في نظرنا خاطئاً فيفض النظر عن الانتقادات التي وجهها إليه دوجي وأنصاره ، تلك الانتقادات المبنية على إنكار صفة العقد على ما اصطلاح على تسميته بعقد الإذعان^(٣) فإننا نرى أن تحليلاً دقيقاً للمركز القانوني للمريض في المستشفى يتأى بنا عن اعتبار علاقته بالمستشفى علاقة تعاقدية .

فالمستشفيات العامة هي مصالح عمومية يجرى العمل فيها طبقاً للقوانين واللوائح التي تنطبق ليس فقط على القاطنين بأمرها بل على المرضى الذين يبالغون فيها فهؤلاء جميعاً في مركز قانوني تحمده قوانين المصلحة .

Léon Duguit, *Mélanges Haurion* 1929. De la situation juridique du (١) particulier faisant usage d'un service public P. 253 et s.

(٢) قرب جيني - المرجع السابق ص ٤٤٥ بند ٢٩ ، فيرون في سيري ١٩١١-٢-٢٣٤ الفقرة الثالثة من السود الأول ، وراجع في تحليل فكرة عقد الإذعان ، ديرو عقود الإذعان في المجلة الفصلية سنة ١٩١٠ ص ٥٠٣ ؟؟ بوكاري في سيري ١٩١١-١-٢١١ الفقرة الأخيرة من السود الثاني وما بعدها .

(٣) دوجي - التطورات العامة في القانون الخامس طبعة ١٩١٢ ص ١٢٣ ؟؟ هوريو في سيري ١٩٠٨-٣-١٧ أنظر ص ١٨ السود الثالث وما بعده من ص ١٩ ، بونار - الموجز في القانون الإداري طبعة ٣ ص ٩٤ ، كريستيان شانانون - المرجع السابق ص ٢٦٦ ، جيز في المبادئ العامة في القانون الإداري طبعة ٣ (في سير المصالح السومية) ص ١٣ ، ونحن لا نميل إلى الأخذ بهذا الانتقاد - راجع في الرد عليه ؟ بلاغويه في دالوز ١٩٣٥-١-٣٦ عموداً أول، ديرو الطبيعة القانونية لعقود الإذعان المجلة الفصلية ١٩١٠ ص ٥١٠ ؟؟ و ص ٥٢٦ ، جيني - المرجع السابق ص ٥٤ بند ٢٩ .

وإذا لم يكن هناك شك في أن علاقة الموظفين بالدولة هي علاقة قانونية فالحال يجب أن يكون بالمثل بالنسبة للمستفيدين من المرافق العامة فهم أيضاً في مركز لا نحمي بعيد عن أن يكون تعاقدياً^(١)، ذلك أن حقوق المستفيدين والزاماتهم ليست ناشئة عن اتفاقات ذاتية تم بينهم وبين الدولة بل هي مستمدة مباشرة من قواعد قانونية عامة التطبيق أوجدتها اللوائح والقوانين المنظمة للمصلحة^(٢).

١. قانون سالي في الإعلان عن الإرادة طبعة ١٩٠١ ص ٢٢٩ بند ٤٨٩.

(١) كريستيان شافانون المرجع السابق ص ٢٧١، دوجي مركز الأفراد بالنسبة للمصالح العمومية - مجلة القانون العام ٤٤١: خاصة ص ٤٢٠ و ٤٣٩، هوريو في سيري ١٩٠٧ - ٣ - ٣٣ تطبيقاً على حكمي مجلس الدولة في ١٩٠٦/١٢/٢١ و ١٩٠٥/٢/٣ أنظر ص ٣٦ الفقرة الأخيرة وما بعدها من ص ٣٧، دوجي في *Mélanges Hauriou* طبعة ١٩٢٩ - المرجع السابق ص ٢٥٧ و ٢٥٨، بونار - الموجز في القانون الإداري ص ٩٣، جيز في المبادئ العامة في القانون الإداري طبعة ٣ (في سير المصالح العمومية) ص ١٥ و ١٦ وبالنسبة للمساعدة الطبية الحامية على وجه الخصوص ص ٣٦: ديغلو - المرجع السابق ص ٤٩.

قارن - هوريو موجز القانون الإداري والقانون العام طبعة ١٢ ص ١٣٧: خاصة ص ١٣٩ وهو يقرر أن المستفيد في مركز لا نحمي وإن انطوى على بعض العناصر التعاقدية، ديلغو في دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٦ المصود الثاني.

(٢) شافانون - المرجع السابق ص ٢٦٧، هوريو في سيري ١٩٠٨ - ٣ - ١٨ المصود الثالث وما بعدها ص ١٩، *Duguit. Mélanges Hauriou op. cit. P 268*، بونار - الموجز في القانون الإداري طبعة ٣ ص ٩٣ وهو يقرر أن اعتبار المستفيد في مركز لا نحمي نتيجة طبيعية لبدء المساواة الجميع أمام القانون تلك المساواة التي ما كانت لتتحقق بين المستفيدين لو لم يكن مركزهم محمداً بقواعد قانونية عامة.

ويصل دوجي إلى نفس النتيجة (مركز الأفراد بالنسبة للخدمات العامة مجلة القانون العام ١٩٠٧ ص ٤١١: خاصة ص ٤١٥ و ٤١٨) بإعمال المشاهدة وتحليل الواقع فيقول إن الدول قامت على أساس التفرقة بين المالكين والمحكومين تلك التفرقة التي توجب على الأولين أداء بعض الخدمات للآخرين. وهذا الواجب عام دائم نافذ يؤدي للجمهور بغير تمييز بين فرد وآخر وهو لا ينتهي بأداء الخدمة مرة أو عدة مرات.

ولكن العمومية والاستمرار هما اللذان يميزان القاعدة القانونية وهكذا فإن المشاهدة تدل وحدها ليس فقط على أن المالكين عليهم في كل وقت أداء بعض الخدمات للحكومات بل إن هذا الالتزام مصدره قاعدة قانونية مفروضة عليهم، وما دام التزام المالكين مصدره قاعدة قانونية فإن حق المحكومين في الاستفادة من الخدمات العامة يكون مصدره قاعدة قانونية كذلك.

واضح أيضاً جيز في المبادئ العامة في القانون الإداري طبعة ٣ سير المصالح العمومية ص ١٣ و ١٥.

حقاً إن المستفيد من المرفق العام يجب أن يبرهن عن إرادته في الاستفادة من هذا المرفق ولكن عمله هذا لا يمكن وصفه بأنه من قبيل التعاقد ، بل هو تصرف أطلق عليه دوجي اسم التصرف الذي يقوم مقام الشرط ^(١) ونحن إذ ننكر صفة العقد على هذا التصرف لأننا قد قلنا به دوجي من أن العقد يفترض حتماً حرية في مناقشة شروطه والالتزامات التي يتضمنها وإنما ننكر عليه صفة العقد لأنه لا ينطوي على العناصر اللازمة لوجوده .

وآية ذلك بالنسبة للمستشفيات أن الدولة يمكنها أن تغير من شروط الدخول في المستشفى وطريقة تنظيمها وكيفية العمل بها دون أن يحتاج عليها بحق مكتسب لأحد المرضى ^(٢) ، وهذا الوضع ، وهو مسلم به من جميع الشراح ^(٣) وتقره المحاكم بالنسبة للمصالح العمومية بوجه عام حرصاً على حسن سير هذه المصالح ^(٤) ، لا يمكن تفسيره إن نحن أخذنا بالنظرية العقدية وإلا فكيف يستطيع أحد طرفي العقد أن

(١) *Acte condition* راجع في استعمال نفس التعبير ، بونار - الموجز في القانون الإداري طبعة ٣ من ٩٣ ، وجيز طبعة ٣ المبادئ العامة في القانون الإداري - سير المصالح العمومية من ١٦ في الآخر ومن ١٧ .

(٢) مثلاً يمكن نقل مريض من حجرة إلى أخرى غير التي دخل فيها إذا اتفق العمل بالمستشفى ذلك .

(٣) شافانون - المرجع السابق من ٢٧٥ قرب بونار - ملخص القانون الإداري طبعة ٣ من ٩٤ و ٩٥ ، ودوجي في مجموعة المحاضرات التي ألقى تلميذاً لـ كرى هوريو *Mélanges Hauriou* المرجع السابق من ٢٦١ و ٢٦٣ ، وحيد رافيت في القانون الإداري طبعة ١٩٣٨ من ٤٤٣٨١ .

(٤) الواقع أنه طبقاً لنظرية العقدية لا يتصور أن تسري التعديلات التي تدخلها السلطة على من سبق أن تعاقد معها احتراماً للعقد ، كما لا يمكن أن تسري على غيرهم لأن في ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة أمام المحضات العامة . والنتيجة الحتمية لذلك أن التعديلات التي تدخلها السلطة على نظامها لا يمكن أن تسري إلا بعد انتهاء أجل العقود التي أبرمتها مع المستفيدين وفي ذلك إخلال بمبدأ حسن سير السلطة (شافانون - المرجع السابق من ٢٧٦) .

حقاً قالت بعض المحاكم إن التعديلات تسري على المستفيدين إذ يفترض أنهم يتقدم مع السلطة العامة قد قبلوا مقدماً كل التعديلات التي تدخلها على نظامها ولكن لاروك قد انتقد بحق هذا التوسع غير المتعاضد في فهم إرادة المستفيد *Laroque. Des usagers des services publics industriels P 172.*

يفير من شروطه بنيرضاء الطرف الآخر ، وأين تكون إذن القوة المازمة للعقد .
ومن جهة أخرى ليس للمستشفى أن يرفض قبول أحد المرضى لأن ذلك
يتناقى مع مبدأ هام يحكم جميع المصالح العمومية هو مبدأ المساواة أمام الخدمات
العامة ^(١) ، وهذا الوضع بدوره لا يمكن تفسيره بالنظرية العقدية إذ من المسلم به
أن الشخص له الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وهو غير مسئول اللهم إلا إذا أساء
استعمال هذا الحق .

قد يقال إن إنشاء مصلحة عامة يتضمن في ذاته إيجاباً تعرضه الدولة على
الكافة ولكن تطبيق فكرة الإيجاب الم لازم لا تخلو من شيء من التصنع ، لأن
الالتزام المستشفى مستمد في الحقيقة من الفرض الذي يسعى إليه والقواعد المنظمة له ،
فليس الالتزام مصدره إرادة المستشفى بل حالة لأهمية قانونية اقترنت بإنشاء
المصلحة ، وكل هذا واضح ومفهوم إذا كان العلاج بالمستشفى يحصل مجاناً ،
ولكن هل لا يتغير الوضع لو أن المريض كان يدفع أجراً أو بالأصح رسماً
للمستشفى الذي يعالج فيه ^(٢) ؟

يجب ألا يقال ابتداءً أن الفرض مستحيل لأن المصالح العمومية تقدم
خدماتها بالمجان ، ذلك أن المرافق العامة وإن كانت تؤدي في الأصل بالمجان إلا
أن المجانية ليست من مستلزماتها ^(٣) .

وإذا كنا قد رأينا أن علاقة المريض بالمستشفى تعتبر علاقة قانونية إذا كان

(١) وحيد رأفت - القانون الإداري - طبعة ١٩٣٨ م ٤٤٣٠٥ .

(٢) قارن هذه الحالة بحالة استغادة الأفراد من الطرقات العامة *Mélanges Hauriou*
دوجي في المرجع السابق ص ٢٥٩ .

(٣) القانون الإداري للدكتور وحيد رأفت طبعة ١٩٣٨ م ٢٧٨ و ٢٧٩ ، ولقد
حاولت أفلام القضاء عندنا حل المأكل على الصبول عن الأخذ بالنصوص المدنية فيها يطبق بمشولية
الإدارة عن أعمال موظفيها ولكن مما كنا لم تأخذ بهذا الرأي بل وفضته (راجع في استعراض
هذه النظرية وانتقادها الدكتور وحيد رأفت في رقابة انحصاء لأعمال الدولة طبعة ٢ ص ٤٣٥
إلى ٣٩٩ و ٤٤٥١٤) ولعل الوضع يكون قد تغير بعد إنشاء مجلس الدولة فإنه كما نلم غير مقيد
في قضائه بهذه النصوص .

العلاج بلجان فليس ثمة ما يدعو إلى تغيير الوضع إذا كان العلاج بأجر، ففى الحالين المريض يخضع لنظام المستشفى الذى يحدد حقوقه والتزاماته وليس فى دفة للأجر ما يبرر تغيير مركزه قانوناً^(١).

وما دعنا قد انتمينا إلى اعتبار علاقة المريض بالمستشفى العام علاقة قانونية فإن ذلك يقتضى حتماً أن تعتبر مسئولية الدولة تقصيرية^(٢). ولكن يبقى أن نعرف ما إذا كانت هذه المسئولية مسئولية مباشرة مبنية على المادة ١٥١ م أم مسئولية غير مباشرة مبنية على المادة ١٥٢ م.

الدولة بوصف كونها شخصاً معنوياً قد تكون مسئوليتها مباشرة كما قد تكون مسئوليتها غير مباشرة^(٣)، والعبارة فى ذلك بصنة الشخص الذى تسبب بخطئه فى حصول الضرر الذى تسأل عنه الدولة، فإن كان عضواً لها كانت مسئوليتها مباشرة إذ الدولة لا تكتمل شخصيتها إلا به فهو الذى يعبر عن إرادتها ويأول النشاط باسمها أما إذا كان تابعاً فقط فإن مسئولية الدولة تصبح خاضعة للمادة ١٥٢ م^(٤).

(١) قرب دوجى - المرجع السابق ص ٢٦٠.

(٢) ديفلو ص ٤٩ المرجع السابق. ومع ذلك يميل البعض إلى استبعاد النصوص والقواعد المدنية كلية وإشادة نظرية منفصلة خاصة بمسئولية الإدارة مستمدة من القانون العام لا الخاص (بول دوز فى مسئولية السلطة العامة طبعة ١٩٢٧ ص ٤٤٩. بلانول وإسمان ج ٦ بند ٧١٣).

(٣) مراضة النيابة أمام محكمة استئناف بركسل فى ١٩٣٠/٥/٣ فى مجلة بلجيكا القضائية ١٩٣٠ عمود ٥٩٥، وراجع فى الإقرار بالمسئولية المباشرة للاشخاص المعنوية بوجه عام تطبيق هاردوان فى دالوز ١٩٣٦-١-١١٣ الفقرة الأخيرة من العمود الأول ص ٤٤١٤ وتطبيق ليكوث فى سبرى ١٩٣٦-١-٣٣٩ ب، مازو طبعة ٣ ج ٢ بند ١٩٨٥ ص ٩٣٠ و ١٩٨٦ ج ٣ بند ٤/٢٠٠ ص ٣٩، تفى مدنى ١٨٧٦/١١/٢٨ دالوز ١٧٧-١-٦٥، تفى مدنى ١٨٩٢/٣/٢٢ دالوز ١٩٠-١-٤٤٩، باريس ١٩٠١/٢/٥ دالوز ١٩٠-١-٢-٤٤٧، عرائش ١٩٠٥/٥/٩ دالوز ١٩٠-١-٤٧٦، مونتبلية ١٩٠٨/٢/٢٠ دالوز ١٩٠-١-٧٥٠، روم ١٩٣١/١١/٣٠ دالوز ١٩٣٢-٢-٨١ وتطبيق جان لو، تفى ١٩٢١/٤/٩، دالوز ١٩٢٤-١-١٩٨، مونتبلية ١٩٣٢/١١/٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٣-٩٣، باريس ١٩٣٨/١/٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨-١٩٣٨.

(٤) ميشو فى الشخصية المعنوية - طبعة ٣ ج ٢ بند ٢٨٨ و ٢٧٥، كتاب القانون الادارى لكدكتور وجيد رأفت طبعة ١٩٣٨ ص ٦٠ و ٦١.

قرب سافاتييه ج ١ بند ٢٠٦ و ٢٠٧.

على أنه إذا كان قد حصل الخلاف فيمن يتمتع بصفة العضو عن الدولة فإنما نزع اعتبار جميع الموظفين الداخلين في السلك الدائم^(١) أعضاء للدولة ، فكل في حدود اختصاصه إنما يمثل وجباً من أوجه النشاط التي تباشرها الدولة^(٢)

(١) من السلم به الآن أن علاقة هؤلاء الموظفين بالدولة هي علاقة قانونية (ضمانات الموظفين في الصين والترقية للدكتور إسمايل زكي — رسالة ص ٤٤٣ و ٤٦ و ٤٧ ، وحيد رأيت في القانون الإداري طبعة ١٩٣٨ ص ٢٦٥ ، بيثوف الوظيفة العامة والقدر ص ٤٤ و ٤٥ جيز المبادئ العامة في القانون الإداري — سير المصالح العمومية طبعة ٣ ص ٤٢٣ إلى ٤٢٧ . والمراجع الأخرى السابق الإشارة إليها بخصوص هذا الموضوع) فهم يندرجون في تكوين الدولة انتماءً تفي فيه شخصيتهم لئلا يبرز فيه الشخصية المنوطة للدولة . فالدولة هي التي تقرر والدولة هي التي تمثل وما الموظف إلا العامل للمير أو للنقد لإرادتها . ولقد استبعدنا صفة العضو عن الموظفين الخارجين عن السلك الدائم لأن علاقتهم بالدولة هي علاقة تعاقدية وهذا يفرض حتماً أن تكون شخصية الدولة ساطعة في وجودها على تعاقدتها مع هؤلاء الموظفين (قرب من رأينا ما زو ج ٣ طبعة ٣ بند ٢٠٠٥ ص ٩ الفقرة الثانية وبند ٢٠٠٨ ص ٣٧ وبند ٤٠٠٨/٤ ص ٣٩) .

(٢) ويميل ميشو نظرية الشخصية المنوطة ج ٢ طبعة ٣ بند ١٨٩ إلى قصر لفظ العضو على الموظفين الذين لهم حق البت وإصدار القرارات الفاصلة والذين يباشرون باسم الدولة أعمال السيادة أو الذين يمثلونها في الحياة المدنية على وجه ممتد أما باقي الموظفين فهم أعوان هؤلاء ولكمهم لا يتمتعون بصفة العضو بل لا يزيد مركزهم على كونهم تابعين للدولة .
وإلى هذا يحول (ص ٤٧ من نفس البند) بعد أن أبا أن لفترقة بين العضو والتابع أهميتها خاصة من حيث المسؤولية :

Les organes de l'état sont seulement les agents ou conseils ayant un pouvoir de décision; les autorités qui exercent en son nom le droit de souveraineté, ou qui peuvent la représenter dans la vie civile de façon habituelle: ce sont les Chambres, les autorités judiciaires et les autorités administratives. Les fonctionnaires sans pouvoir propre (employés des bureaux, agents innombrables des diverses administrations techniques) ne sont que des préposés.

ونحن نرى — مع احترامنا لميشو — أن القيد الذي وضعه لا يخلو من التحيز فنشاط الدولة ليس مقصوراً على أعمال السيادة ولا محدوداً بالأعمال القانونية بل هي تباشر أوجهاً عظيمة للنشاط وتحتاج فيها جميعاً إلى إرادة تتلها. وتبرز وجودها وهذه الإرادة لا يمكن إلا أن تكون مشتقة من موظفيها . لا فرق في ذلك بين أن يكون الموظف كبيراً أم صغيراً رئيساً أم مروضاً فإن جوهره يعلم بأنه قد توجد بين الأعضاء المتبعين لشخص معنوي واحد علاقة خضوع من جانب البعض ورئاسة من جانب البعض الآخر بل إنه من الضروري في حالة تعدد الأعضاء أن —
(٢٦) (أ ب ج)

وهم جميعاً يظهرون كجزء متمم لنظامها . وتطبيق هذه الفكرة يتضح أن مسؤولية الدولة عن خطأ الأطباء الداخلين في السلك الدائم هي مسؤولية مباشرة^(١)، طالما

== يوجد بينها عضو أعلى يناط به توحيد المظاهر الإرادية للأعضاء إذا تعارضت، وفي هذه الحالة يكون للأعضاء الخلل نفس القوة التي للأعضاء العليا في التعبير عن إرادة الشخص المعنوي سواء بسواء غير أن القرار الذي تتخذه لا تكون له الصفة النهائية إذ هو جائر التعديل أو الإلغاء من جانب عضو أعلى والشخص المعنوي هنا إما يفعل ما يفعله الشخص الطبيعي . فكما أن لهذا الحق بعد أن يتخذ قراراً في شأن معين أن يرجع عنه أو يعدل فيه كذلك للشخص المعنوي أن يجهل لأحد أعضائه أن يرجع عن قرار اتخذته عضو أدنى أو يعدل فيه والقرار الوحيد بين الماليتين هو أن عملية المراجعة هذه لا تكون ظاهرة في حالة الشخص الأدنى لمصلوحها في وجدانه أما في حالة الشخص المعنوي فهي ظاهرة ملموسة ومراطها واضحة مرسومة (ميشو — المرجع السابق ج ١ بند ٦٤ مكرر من ١٤٨ و ١٤٩) .

أما هوروي (الموجز في القانون الإداري والقانون العام طبعة ١٢ من ٩٩ — طبعة ١١ من ٧٠) فقد قصر صفة الضو على مصالح الدولة Agence ذاتها لا على الأشخاص القانونيين بأمر هذه المصالح ولكنه لم يلبث أن قرر أن هناك اندماجاً بين الموظف والسلطة التي يعمل باسمها ، وهذا الارتباط الوثيق يؤدي حتماً إلى اعتبار إرادته لإرادة للدولة وهو بهذا ينهي إلى النظرية التي رجحناها دون أن نرى لزماً تأييدها أن نلجأ إلى هذا الطريق المتأخر بل رجحنا إلى الواقع، فالدولة بوصفها شخصية معنوية تمثل مصالح مختلفة يجب أن تعيد الإدارة التي تعبر عنها وهذه الإدارة لا يمكن أن تستمد إلا من أشخاص آخمين هم ضرورة الموظفون الذين يقومون باسم الدولة بأوجه النشاط التي تباشرها (راجع تأييداً لما تحول هوروي نفسه من ٣١١ طبعة ١١ من المرجع السابق حيث عبر عن الموظفين بأنهم أعضاء للدولة كشخص معنوي) .

(١) راجع في أن الموظف بوصفه عضواً للدولة لا يمكن اعتباره تابعاً لها ومن ثم لا تطبق عليه المادة ١٣٨٤ . هوروي في سيري ١٩٢٤ — ٣ — ٤٩ المود الثاني وما بعده ، وفي المرجع السابق طبعة ١١ من ٣١١ و ٣١٢ ، ملزو ج ٣ طبعة ٣ بند ٢٠٠٨ ، دفاع قوسير الحكومة بلوم في قضية ليونيه أمام مجلس الدولة في سيري ١٩١٩/١٨ — ٣ — ٤٤ . عمود ١ نقرة أول ، سافاتييه في كتابه في المشولية بند ٢٩٤ ، عكس ديولومب ج ٣١ بند ٦٣٧ ، ولوران ج ٢٠ بند ٥٩١ ؟؟ سوردا طبعة ٥ ج ٢ بند ١٣٠٤ و ١٣٠٧ ، بلانويل طبعة ١١ ج ٢ بند ٩١١ مكرر من ٣٣٩ ، ومصطفى بك مرعي في المشولية طبعة ٢ بند ٢١٤ و ٢١٥ ، سم ١٨٩٧/٦/١٦ مجموعة النشريع والقضاء سنة ٩ — ٣٩٣ ، سم ١٩١٩/٤/٣٠ مجموعة النشريع والقضاء سنة ٣١ — ٢٧٨ ، سم ١٩١٧/٤/١٨ مجموعة النشريع والقضاء سنة ٢٩ — ٣٧٨ ، سم ١٩٢٥/١/٣ مجموعة النشريع والقضاء سنة ٣٧ — ١٣٤ ، نفس أهل ١٩٢٥/٢/٢ المحموعة الرسمية ٧٧ رقم ٢٧ من ٤٢ ، و ١٩٣٠/٣/٢٧ مجموعة ناصر حكيم رقم ٥٤٥٢ ، س أسبوط ١٩٢٧/٦/٢ ملطمة ٨ رقم ٢٧٠ من ٥٠ ، نفس ١٩٠٤/٤/١٠ سنة ١٩٣٣ عاملة سنة ١٤ من ٤ رقم ٣ .

أن خطابهم قد حصل في الدائرة التي يقومون فيها بالعمل باسم الدولة إذ في حدود هذه الدائرة يعتبر نشاط الطبيب نشاطاً للدولة فتحقق شخصية الطبيب وتبرز شخصية الدولة ومن ثم تمتحى مسؤوليته وتكون الدولة وحدها هي المسؤولة^(١).

== فلان مع ذلك سم ١٦/٤/١٨٩١ مجموعة النسخ والنقض سنة ٣ من ٢٠٩ ، وم ٢٧/١ سنة ١٩٠٤ مجموعة النسخ والنقض سنة ١٦ من ٩٦ .

(١) P. Cot. La responsabilité civile des fonctionnaires publics 1922 P275
والرأى الذي انتهينا إليه يتفق مع ما يتجه إليه فقهاء القانون المسارون ، فقديماً كان الموظف وحده هو المسؤول عما يتدب عن نشاطه من ضرر للأفراد ، ذلك أن فكرة الدولة كانت تختص خلف شخصية الموظفين الحقيقية فالوظف هو المصدر البارز فلذا ما أصاب الأفراد ضرر بسبب سير مصلحة من المصالح العمومية كان للرجوع عليه أن يرجع لآل المصلحة ذاتها أو الدولة ، ذلك الشخص الاعتباري غير الملموس أو المحسوس ، بل على الموظف شخصياً . ولكن لم تلبث فكرة الدولة أن تحددت فاتجه الرأي إلى مساهمة الخزانة عن الأضرار التي تتج من سير المصالح العمومية . حقاً إن مسؤولية الدولة كانت في أول الأمر مسؤولية غير مباشرة إذ كان الموظف هو المسؤول الأول أما مسؤولية الدولة فلم تكن تأتي إلا في المرتبة الثانية ولكن أوجب الدول تنجيه الآن إلى اعتبار مسؤولية الدولة مسؤولية مباشرة فبعد أن كان ينظر إلى الموظف باعتباره تابعاً للدولة أصبح ينظر إليه كمضو لها يبر عن إرادتها ويأمر بالنشاط باسمها . هنا التطور الذي خضعت له أغلب الدول إما عن طريق النص (كالمانيا والنمسا وفنلندا والنرويج والسويد وتشيكوسلوفاكيا ويوجوسلافيا) أو عن طريق القضاء (كفرنسا وبلجيكا) . قد أوجبه الأفكار الديمقراطية واتساع نشاط الدولة اتساعاً اقترن حتى بزيادة احتمال إحداث الضرر للأفراد (راجع في ذلك تقرير لويس تروتايا للمقيم للمؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاماي في ٣ أغسطس سنة ١٩٣٢ ومنشور في مجلة القانون العام سنة ١٩٣٢ من ٦٧٩ ٤٤ راجع من ٦٧٩ إلى ٦٨٢ ، ومراجعة النيابة أمام محكمة استئناف بروكسل في ٣/٥/١٩٣٠ بلجيكا القضائية سنة ١٩٣٠ عمود ٥٩٥ ، ودفاع بلوم — قوميسير الحكومة في سبتمبر ١٨/١٩١٩ — ٣-٤٤ المود الأول الفترة الثانية ٤٤ إلى نهاية الفترة الأولى عمود ٤٤٣ هوروي اللوجز في القانون الإداري والقانون العام طبعة ١١ من ٣١٤ ٤٤
وراجع أيضاً في تطور نظرية مسؤولية الدولة — مسؤولية السلطة العامة لبول دوزير طبعة ١٩٢٧ من ١ ٤٤

ويؤيد تروتايا في تقريره المشار إليه (من ٦٩١ من المرجع السابق) اعتبار مسؤولية الدولة مسؤولية مباشرة بقوله :

Du point de vue théorique la responsabilité directe est seule conforme à la notion d'organe qu'implique la personne morale de l'Etat et semble-t-il à la nature des liens qui unissent le fonctionnaire public à l'Etat. Aussi faut-il se réjouir de voir que la plupart des Etats ont admis la responsabilité directe soit par une simple construction jurisprudentielle ==

وهذا الحل يضى مع قضاء المحاكم الإدارية في فرنسا فإنها لم تر الفقرة في مسؤولية المستشفى بين ما إذا كان خطأ الطبيب فيما أم غير في ولا بين ما إذا كانت رابطة التبعية متوافرة أم لا إذ اعتبرت مسؤولية المستشفى في هذه الحالة مسؤولية مباشرة .

من ذلك أن مجلس الدولة في حكمين صدر في ١١/٨/١٩٣٥^(١) قرر أن مسؤولية الإدارة تنشأ عن أى خطأ من المرفقين على إدارة المستشفى وعن الخطأ الجسيم من القائمين بالعمل الطبي . وفي حكم آخر^(٢) قرر مجلس الدولة أن مسؤولية

(France) soit par les dispositions précises de la loi (Allemagne, Autriche, Finlande, Italie, Pays-Bas, Suède, Yougoslavie).

ولقد دافع Laperre وكيل النيابة عن وجهة النظر التي نادى بها أمام محكمة استئناف بروكسل في ٣ مايو سنة ١٩٣٠ (جريدة بلجيكا القضائية سنة ١٩٣٠ ص ٤٤٥٩٤) ولما كانت مرافعة خاصة بمسؤولية الدولة عن فعل الأطباء الذين يصلون بالمستشفيات العامة فإننا نرى من المناسب أن نكتب هنا بعض فقراتها ، قال : عمود ٥٩٥

« إن مسؤولية الدولة قد تكون مباشرة أو غير مباشرة فهي مباشرة كلما كانت مبنية على المواد ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المدني وهي غير مباشرة إذا بنيت على المادة ١٣٨٤ من القانون المدني ... وإن الاتهام العام في أحكام محكمة النقض الأخيرة بخصوص مسؤولية السلطات العامة ليم على أنه إذا كان العمل الإداري غير المشروع قد أضافه شخص من المشتكين بأية صفة في التنظيم الحكومي ويصلون قانوناً لصالح العام فإن الحكومة تكون هي التي ارتكبت الخطأ فيها استخراق لمسؤولية العامل كأساس للمسؤولية المباشرة للدولة (نفس ١٠/١٦/١٩٢٢ بلجيكا القضائية ١٩٢٢ عمود ٦٥٧ و ١٢/١٣/١٩٢٣ و ٢٥/٢/١٩٢٦ و ١٢/٢٧/١٩٢٧ في البازيكريزي ١٩٢٤-١-٨٢ و ١٩٢٦-١-٢٦١ و ١٩٢٧-١-١٢٢) .

ولكن كما لا يمكن إنكاره أن مهمة وزارة الدفاع الوطني تشمل تنظيم هيئة السهر على صحة الجنود وعلاجهم من المرض أو الجروح التي قد يصابون بها .

والأطباء العسكريون إذ يبالغون المرضى والجرحى من الجنود في المستشفيات العسكرية إنما يصلون جزءاً من السلطة العامة أنيطت بهم ومن ثم أعضاء الحكومة فكما جاء بحق في الحكم المطعون فيه « الفصل غير المشروع الذي ارتكبه أثناء مباشرتهم لمتهم يجب اعتبارهم من الدولة نفسها وبالتالي هو يوجب مسؤوليتها مباشرة » .

وما تجدر ملاحظته أن محكمة استئناف بروكسل متشعبة مع الاتهام الجديد في أحكام النقض بخصوص مسؤولية السلطة العامة قررت قبول الدعوى الموجهة ضد الدولة لأن الفصل الضاركو ثبت لكان المرتكب له عضواً للدولة يصل باسمها في حدود اختصاصه وهي من ثم تطبق المادة ١٣٨٢ (راجع تطبيق جرويليتش ولالو في مجلة القضاة سنة ١٩٣١ ص ٦٧٧ بند ٢٢ ص ٦٩٧) .

(١) سبتي ١٩٣٦-٣-١٢٧ والطريق .

(٢) ١٢/٣/١٩٣٧ سبتي ١٩٣٧-٣-٧٢ .

المستشفيات المدنية منوطة بحصول خطأ في تنظيم المصلحة أو خطأ جسيم في العلاج الجراحي الذى أجرى على المريض .

وقد قرر مجلس ديوان المديرية بمرسيليا في ١٨/١٢/١٩٣٦^(١) أن الدعوى قبل الشخص المنوى العام القائم بإدارة المصلحة والمرفوعة أمام المحاكم الإدارية لا يشترط للحكم فيها ثبوت خطأ خلافا للمبادئ التى تطبقها الهيئات القضائية طبقاً للمادة ١٣٨٤ م ذلك أن السلطات الإدارية وبنوع خاص فى المستشفيات يجب أن تعتبر متعينة للجمهور بضمان حسن سير المصلحة ؛ وتطبيق هذه المبادئ يؤدى إلى قبول مسئولية المؤسسة العامة لاصفة ثانوية بل بصفة أصلية ككديرة للمصلحة، وحتى فى الأحوال التى تحصل فيها الحادثة نتيجة خطأ شخصى منسوب للأطباء، كخطأ فى التشخيص فإن هذا الخطأ لا يمكن فصله عن المصلحة التى هيأت السبيل لارتكابه وعرضت الجنى عليه لنتائج الضرورة .

ويلاحظ أننا إذا كنا قد وصلنا إلى ما وصل إليه القضاء الإدارى فى فرنسا فإننا لم نذهب معه إلى حد القول بوجود استبعاد القواعد المدنية وتطبيق قواعد مستمدة جملة من القانون العام بل بالعكس طبقنا القواعد المدنية بالشكل الذى يتفق مع التصوير الصحيح للدولة ومركز الموظفين بالنسبة لها^(٢) . ولكن إذا كان التكليف القانونى لملاقاة الموظفين بالدولة قد انتهى بنا إلى القول باعتبار مسئوليتها مسئولية مباشرة كلما كان الطبيب المتسبب فى الضرر داخلاً فى السلك الدائم فإن هذا التكليف ذاته يحتم علينا القول بأنه إذا كان الطبيب خارج السلك^(٣)

(١) مذكور فى دغلو المرجع السابق ص ١٤٥ .

(٢) قانون ما يتناول بما قرره محكمة النقض فى ١٠/٤/١٩٣٣ بمادة سنة ١٤ م ٤ وقلم ٣ إذ ظنت أنه الأخذ بما وصل إليه القضاء الإدارى الفرنسى يستوجب التكب القواعد المدنية واستعمال نظريات ليس من مصلحة مصر الأخذ بها .

(٣) ومثال الأطباء الخارجين عن السلك الدائم ، الأطباء الذين تتعاقد معهم الدولة لمقاومة وباء طارىء (قرب جيز الماحى العامة فى القانون الإدارى — سير المصالح الصومية — طبعة ٣ م ٤٤٤٤٣) ويطبق أن تخفف مسئولية الدولة عن صل هؤلاء الأطباء المؤقتين عن مسئوليتها عن صل الأطباء الذين يشغلون وظائف دائمة والذين يعتبرون بحكم مركزهم مندوبين فى تكوين الدولة .

المأم فإن مسئولية الدولة عن أخطائه تكون مسئولية غير مباشرة مبنية على المادة ١٥٢ م ومن ثم تخضع للقواعد التي ينص عليها بخصوص مسئولية المستشفيات الخاصة .
وجدير بنا أن نشير هنا إلى الفرق بين مركز الطبيب في الحالة الأولى ومركزه في الحالة الثانية^(١) ففي الحالة الأولى تكون الدولة وحدها هي المسئولة^(٢) وفي

(١) راجع في أهمية التفرقة بين المسئولية المباشرة والمسئولية غير المباشرة بالنسبة للأشخاص المدنية ميثاق الشخصية المدنية طبعة ٣ بند ٢٧٦ من ٢٢٤٨؟؟
(٢) ذلك أن مسئولية الدولة توجب استبعاد مسئولية الموظفين الشخصية (تحرير روتابا المقدم للمؤتمر البول القانون الثامن في مجلة القانون العام سنة ١٩٣٢ من ٦٩٠، ميثاق الشخصية المدنية طبعة ٣ ج ٢٤٥ هامش ٢ من ٢٩٢ ومع ذلك فإن من ٢٥١ و ٢٥٢ بند ٢٧٦ .
هويرو - الوجز في القانون الإداري والقانون العام طبعة ١١ من ٣١٣ و ٣٢٦؟؟ وهو يقرر أن الأصل هو عدم جواز الجمع بين مسئولية الإدارة ومسئولية الموظف إذ الفصل الواحد لا يمكن أن يكون خطأ شخصياً ومصلحياً في نفس الوقت ولكنه يقر بجواز الجمع إذا اقتدر الخطأ الشخصي الصادر من الموظف خطأ آخر مصلحي .

هويرو في سيري ١٩١٩/١٨ - ٣ - ٤٢ السواد الثاني والثالث ، ديجوج ج ٥ بند ١٢٥٨ و ١٦٦٠ و ١٢٧٦ و ١٢٨٤ ، دوجي - تطورات القانون العام سنة ١٩١٣ من ٢٧٣ و ٢٧٥؟؟ وفي مجلة القانون العام سنة ١٩٢٣ من ٢٣ ، يا كوت - المسئولية المدنية للموظفين العموميين من ٢٧٥ و ٢٨٧ . قرب ريبير القاعدة الحقيقية في الالتزام طبعة ٣ بند ١٢٧ . وقارن آراء جيز للذكورة في كوت المرجع السابق من ٢٧٩؟؟ وسافاتييه في المسئولية ج ١ بند ٢٠٨ وبند ٢٢٥ و ٢٣١؟؟ منزو المسئولية طبعة ٣ ج ٣ بند ٢٠٠ و ٢٠٨ (٥/٢٠٠) مادامت لهم صفة العضو فالصواب ليس له بهذه الصفة شخصية منفصلة عن شخصية الشخص المدني ، ويقول جلنك (مذكور في كتاب ميثاق الشخصية المدنية طبعة ٣ ج ١ بند ٦١ من ١٣٦) في ذلك إنه لا توجد في الدولة شخصيتان بل الدولة وعضوها وخدمة فلا وجود للدولة إلا أعضائها . وبسبب هذا المصو تتمد الدولة . ومن جهة أخرى فإن شخصية الموظف تلاشى في كيان الدولة ذاتها فإن صدر منه فعل غير مشروع أثناء تأدية وظيفته فإنه يعتبر قانوناً من عمل الدولة وإن كان مادياً من عمله .

وفي نفس المعنى يقول بول دوز في كتابه عن مسئولية السلطة العامة طبعة ١٩٢٧ من ١٢ :
La dualité de personne qu'implique l'art. 1384 disparaît avec la conception-faute du service public, laquelle s'apparente au système organiste: la personne juridique de l'agent disparaît; celui-ci est absorbé par l'entreprise administrative dont il devient un simple rouage, un simple organe; l'agent ne se détache pas du service public il fait corps avec ce dernier, il est fondu en lui.

وفي هنا يقول دوجي (في مألوف القانون الدستوري ج ٣ طبعة ٣٠٠) :
Quand il n'y a qu'une faute de fonction la personnalité du fonctionnaire =

هنا قررت محكمة استئناف كولمار في ١٩٣٦/١١/٢٤^(١) أنه ليس للمريض أن يرفع على الطبيب دعوى يطالبه فيها بالتعويض مادام قد تصرف لا بوصفه طبيباً عادياً بل قيماً بأعباء وظيفته في المستشفى وأنه لا تقبل منه الدعوى إلا إذا ثبت على الطبيب خطأ شخصي منفصل عن المصلحة التي يعمل فيها، أما إذا كان المنسوب إليه هو الإهمال في مراقبة تطبيق العلاج فهذا خطأ مهني لا يمكن فصله عن وظيفته^(٢).

== est en quelque sorte absorbée par le service public. On peut dire très justement que ce n'est pas le fonctionnaire qui a agi, que c'est le service public qui a fonctionné.

ولهذا تنفي مسؤولية الموظف الشخصية تماماً ولا تظهر المسؤولية الإدارية وحدها ولا يكون لها أن ترجع على الموظف بما تلزم به من تعويض قبل الأفراد (وحيث رأفت - رقابة القضاء لأعمال الدولة طبعة ٢ ص ٤٤٣ ، مجلس الدولة ١٩٢٤/٣/٢٨ دالوز ١٩٢٤-٤٩٣- وتطبيق ابلتون ، هوريو - الموجز في القانون الإداري والقانون العام طبعة ١١ ص ٣١٤) م . حقاقد يؤخذ على فكرة انتماع شخصية الموظف في الدولة أنها فكرة ميتافيزيكية بعيدة عن أن تتفق مع حقيقة الواقع ولكن هذا الاعتراض يبيح تجاهل إحدى وظائف القانون الأساسية وهي وظيفة الصياغة «Technique» التي يلجأ إليها المشتغلون به ليؤلفوا من الماديات الجامدة سوراً وقواعد تنظم وتحكم الروابط القانونية المختلفة وقد أبدع جيني في بسط وظيفة القانون منه في مؤلفه العلم والصياغة في القانون (أنظر في عرض نظرية جيني مؤلف الأستاذ السهوري بك والدكتور حشمت أبوستيت في أصول القانون طبعة ١٩٣٨ بند ٥١ ص ٨٦ وما بعدها) ولا يخلو حكم من أحكام القانون من الصنعة القانونية وقيمة هذه الأحكام لا تكون في تجردها من الصياغة وإنما في عدم المباعنة بين ما فيها من صنعة وبين الواقع .

(١) - مذکور في ديلو ص ٤٦ و ٤٧ من المرجع السابق .
(٢) والمسككة تغير هنا إلى التفرقة الصريحة بين الخطأ المصلحي والخطأ الشخصي . فالخطأ المصلحي تحصل به الإدارة وحدها بينما الخطأ الشخصي يحصل به الموظف شخصياً . ينظر المرجع السابق ج ٢ ص ٢٩٢ ، وهوريو الموجز في القانون الإداري والقانون العام طبعة ١٩٢٤ ص ٣١٢ و ٣١٣ ، روجيه بونار الموجز في القانون الإداري طبعة ١٩٣٥ ص ٩٩ ، هوريو فيميري ١٩٢٤-١٠٣-٥ السواد الأول والفقرة الأولى من السواد الثاني .

وراجع في التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي لأفريير - في القضاء الإداري طبعة ١٩٩٦ ج ١ ص ٦٤٨ ، روجيه بونار المرجع السابق طبعة ١٩٣٥ ص ٩٩ ، مازو ج ٣ طبعة ٣ بند ٤٤٣/٧٠٠ ابلتون - القضاء الإداري طبعة ١٩٢٧ ص ٢٣٢ ٤٤٣ بلانول إسمان ج ٦ بند ٧١٧ و ٧١٨ ، بول دوير في مسؤولية السلطة العامة طبعة ١٩٢٧ ص ١٥٣ ، ديموج ج ٥ بند ١٢٥٨ ==

أما في الحالة الثانية فالمسئولية تقع على الدولة والطبيب معاً فإن أُلزمت الدولة

== و١٩٦٠، جيز مجلة القانون المأهنة ١٩٠٩ ص ٢٦٦ ٤٤ وبنوع خاص ٢٧٤، بيركوت. المسئولية المدنية للموظفين المومنين طبعة ١٩٢٢ ص ١٠٥ ٤٤ وهو يستعرض مختلف الماير التي وضعت لتفترقة، هوروي في القانون الإداري طبعة ١٩٢٣ ص ٥٧٨ وطبعة ١١ ص ٣٢٠ ٤٤ دوجي مطول القانون الدستوري ج ٣ طبعة ٣ ٧٢ ٤٤ ٣٠٠ ٤٤ (ويظهر أن محكمة كولار قد تأثرت برأى دوجي وهوروي) أوجو فورتي - مذكوري ميشو المرجع السابق ج ٢ طبعة ٣ ص ٧٨١، سافاتييه ج ١ بند ٢٢٥ و ٢٢٦.

حالا إن مجلس الدولة مال في السنوات الأخيرة إلى مساءلة الإدارة حتى في حالة وقوع خطأ شخصي من الموظف متى وقع أثناء تأدية وظيفته أو لنسبة القيام بها أو من كانت وسائل وأدوات الخطأ تحت تصرف الموظف بصل المصلحة الإدارية وكان النقص الذي أصابه الضرر لم يتقدم إلى الموظف إلا بسبب ومن أجل الأعمال المصلحة (دفاع قوميير الحكومة - بوم أمام مجلس الدولة في قضية ليونييه في ٢٦/٧/١٩١٨ - سيري ١٩١٩/١٨ - ٣-٤٢ أنظر ص ٤٥ العمود الأول الفقرة الأولى، وراجع في بحث نظرية الجمع بين مسئولية الإدارة ومسئولية الموظف. فلينيو في مجلة القانون العام ١٩٢١ ص ٣٣٣، ودوجي في مطول القانون الدستوري طبعة ٣ ج ٣ ٨٤ ٤٤، وفي مجلة القانون العام سنة ١٩٢٣ ص ٢٣، وهوروي في القانون الإداري طبعة ١١ ص ٢٦٦ ٤٤ ٣١٣، بول دوز في مسئولية السلطة العامة سنة ١٩٢٧ ص ١٥١ ٤٤ جيز في مجلة القانون العام سنة ١٩١٠ ص ٧٦ إلى ص ٧٨. كوت المرجع السابق ص ٢٧٣ ٤٤ بلانيول وإسمان ج ٦ بند ٧١٨، بونارد المرجع السابق طبعة ١٩٣٥ ص ١٠٠ في آخر الصفحة ٤٤ سافاتييه ج ١ بند ٢٣١ ٤٤ مازو ج ٣ طبعة ٣ بند ٢٠٠/٥). ولكن هذا التوسع وإن حدث إليه رغبة عادلة في ضمان إيصال التعويض للمعي عليه حالة حصول خطأ شخصي من الموظف إلا أنه لا يتفق مع الأساس الذي بنيت عليه المسئولية المباشرة للدولة فلا غرو أن سعى مجلس الدولة إلى تلخيص وجود خطأ مصلحي إلى جانب الخطأ الشخصي ليؤسس عليه مسئولية الدولة (قرب كوت - المرجع السابق ص ٢٨٨ ٤٤ إلى ص ٢٩٨ والأحكام التي تشير إليها فيها كذلك ص ٢٨٦ الفقرة الأخيرة و ٢٨٧، بونارد المرجع السابق طبعة ١٩٣٥ ص ١٠١ آخر الصفحة ١٠٢، فلينيو في الجمع بين مسئولية الموظف ومسئولية النقص الإداري - مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٣٣٣ ٤٤ أنظر ص ٣٣٨ ٤٤ وراجع في تطور قضاء مجلس الدولة في هذا الناحية دكتور وجيدر أفت - المرجع السابق ص ٤٤٣ ٤٤ وقارنه بما يقوله هوروي في كتابه الموجز في القانون الإداري والقانون العام طبعة ١١ ص ٢١٣، وسافاتييه - المسئولية ج ١ بند ٢١٣ و ٢٣١ ٤٤ مازو ج ٣ طبعة ٣ بند ٢٠٠/٥، دكتور زهير جرائه مبادئ القانون الإداري المصري طبعة ١٩٤٤ ص ٢١٣ في الآخر ٤٤ مستعينا في ذلك بفكرة أن وقوع خطأ من الموظف أثناء تأدية وظيفته يند في كثير من الأحيان دليلا كافيا على خلل الإدارة وتراخي الرقابة والإشراف من الرؤساء على الرؤوسين. ولعل مجلس الدولة قد تأثر بقضاء المحاكم العادية التي جعلت السيد مسئولاً عن كل ما يقع من تافهه بمسئولية أمانته لوظيفته وإن لم يكن ما وقع منه داخلا في أعمال هذه الوظيفة. ولكن هناك من الاعتبارات ==

بندف التمييز للمعنى عليه كان لما أن ترجع على الطبيب بما دفعته ^(١).

== القانونية ما كان يوجب الضيقة بين الأمرين (ميشو المرجع السابق طبعه ٣ ج ٢ بند ٢٧٦ من ١٩٤٩؟؟) وعلى كل حال فإن مجلس الدولة قد اعتبر مسئولية الإدارة عن الخطأ الشخصي الصادر من الموظف مسئولية احتياطية فهي بمثابة ضمان للمعنى عليه حالة إفسار الموظف (بول دوز — مسئولية السلطة العامة سنة ١٩٢٧ من ١٦٦ ، وفليبيو المرجع السابق من ٣٥٠؟؟ كذلك من ٣٥٩ و ٣٦٠).

(١) راجع في حق السيد في الرجوع على التابع إذا أُلزم بالتعويض يسون في دالوز ١٩٢٨ — ٢ — ١٤ الصود الأول في آخره، دالان في دالوز ١٩٣١ — ١ — ١٧٢ عمود أول فقرة أخيرة . سافانييه في المسئولية ج ١ بند ٢٨٧ ، مازو طبعه ٣ ج ١ بند ٧٢٤ و ٧٢٨ ، بودرى وبارد ج ٤ ضبعة ٣ بند ٢٩٣١؟؟ غلور — العلاقات بين التبوع والتابع من ٢٥؟؟ بلانيول وإسمان ج ٦ بند ٦٥٦ . بودان ج ٣ بند ١٢١٦ من ٧٩٧ ، بهجت بسوى في رسائله السابق الإشارة إليها ١٨٩؟؟ ديموج ج ٥ بند ٩٥٣؟؟ لالو طبعه ٢ بند ١٠٨٦ ، ديمونومب ج ٣١ بند ٦٣٤ ، فوازينيه ٢٢٩؟؟ (الخطأ الجسيم في القانون الفرنسى)، أوبرى ورو طبعه ٥ ج ٦ من ٤١٨ § ٤٤٧ ، سوردا ج ٢ طبعه ٥ بند ٧٧٠؟؟ و ٩٠٧ ، زنجهر المرجع السابق من ١٠٤ و ١٠٣ . عرائض ١٨٨٦/٢/٢٤ دالوز ١٨٨٧ — ١ — ٣١ ، عرائض ١٩٢٨/٧/١٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٤٧٧ الصود الثانى ، أنجير ١٩٣٣/٣/١٥ حازرت باليه ١٩٣٣ — ١ — ١٠١٤ . قارن باريس ١٩٣٠/٣/١٤ دالوز ١٩٣٠ — ٢ — ١١٥ وقد اشترطت المحكمة وقوع خطأ جسيم من التابع حتى يجوز للسيد أن يرجع عليه، وينظم يسون رأى المحكمة في تطبيقه المنشور مع الحكم خاصة من ١١٧ الصود الأول .

الشهادات الطبية

تتبعنا مراحل العلاقة بين المريض والطبيب ورأينا مدى المسؤولية التي يتعرض لها أثناء قيامه بواجبه في العلاج .

ولكن مهمة الطبيب ليست علاجية في جميع الأحوال ، فأحيانا لا يتطلب منه الحريف أكثر من فحص حالته وإعطائه شهادة بها .

ونحن في بحث مسؤولية الطبيب عن الشهادات الطبية ، لا نغنى بدراسة الشهادات الطبية المزورة أو شهادات الجمالة ، فهي موجبة من غير شك مسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية معاً فظالماً أن الطبيب يعرف خطأ البيانات التي يثبتها في الشهادة فهو يرتكب جريمة التزوير بإحدى صورها المنصوص عليها في القانون وإنما نحن نغنى بدراسة حالة الطبيب حسن النية الذي يحرر شهادة غير صحيحة نتيجة جهله أو إهماله في تقصى المعلومات التي يبني عليها رأيه .

وقبل أن نتناول بالبحث التزامات الطبيب في تحرير الشهادات الطبية لا يفوتنا أن نشير إلى مختلف الأغراض التي تستعمل فيها هذه الشهادات ، فقد يطلبها المحنى عليه في قضية ضرب أو هتك عرض ليتخذها أساساً للتعويض وقد يطلبها الشخص ليؤمن على حياته أو ليدخل في مسابقة أو ليصرح له بأجازة مرضية إلى غير ذلك من الأغراض التي تدل على ما للشهادات الطبية من أهمية قصوى في العصر الحديث .

من أجل ذلك كان على الطبيب أن يراعى منتهى اليقظة في تحرير هذه الشهادات . ولم يفت الأستاذ برواردل أن يلفت نظر طلبته إلى ذلك حيث قال ^(١) «إن الشهادة تكاد تكون عملاً طبيًا شرعياً فكثيراً ما تؤس عليها الدعاوى فلا تثبتوا فيها إلا ما رأيتموه بأعينكم وما لمستموه بأنفسكم ، لا تضيفوا شيئاً مما سمعتموه من طالب الشهادة فإن فعلتم ذلك فأثبتوا أنه كان على نسان فلان ... »

(١) برواردل المسؤولية الطبية ص ٢٩١ .

ولكن تلك النصيحة لم يتبها الأطباء دائماً فكم من دعوى رفت عليهم بسبب استخفافهم بالتشخيص عند ما طلب منهم تحرير شهادات طبية غير مقلرين خطورة النتائج التي تترتب على هذا الإهمال .

وأول واجب على الطبيب أن يرعاه حتى يأمن جانب المسؤولية هو أن يتحقق من صفة من يطلب الشهادة^(١) ، فإذا كان هو المريض نفسه فليس على الطبيب أن يتحرى عن مركزه والفرض الذي من أجله طلب الشهادة^(٢) إذ من حق الطبيب بل من واجبه^(٣) أن يحيط المريض علما بحالته ، ولاضير عليه إن هو أثبت رأيه في شهادة قدمها إليه فإذا عاد على المريض ضرر من إذاعة ما تضمنته هذه الشهادة من وصف لحالته فلا يلومن إلا نفسه . ورغم ذلك قد قررت محكمة الماهر^(٤) أن الطبيب يعتبر مخطئاً إذا هو قدم شهادة طبية إلى امرأة متزوجة بغير علم زوجها وكان من شأن ما تضمنته هذه الشهادة أن يدب الخلاف بين الزوجين . ولكن محكمة استئناف روان^(٥) ألغت هذا الحكم إذ راعت أن هناك اعتبارات ليس على الطبيب أن يتقصى عنها قد تدفع المرأة المتزوجة إلى استشارة طبيب بغير تدخل زوجها أو على غير علم منه .

والواقع أن هذين الحكمين يدوران حول بحث ما إذا كان حق الطبيب في أن يعطى للمريض شهادة لإثبات حالته ، يرد عليه قيد إذا كانت من تطلب الشهادة امرأة متزوجة بغير تصريح من زوجها .

قررت محكمة النقض الفرنسية — بالنظر لما بين الزوجين من اندماج في الحياة

(١) جاردنا وريفتى ص ٣١٥ بند ٢١٠ و ٢١١ ، الماهر في ١٩٢١/٦/٤ جازيت المحاكم ١٩٢٢-٢-١٢٢ .

(٢) پروايبه ١٨٩٥/١٢/٣ سري ١٨٩٥-٢-٣٦ ، روان ١٩٢٢/١١/٨ سري ١٩٢٦-٧-٧٣ وتطبيق بيرو ، جاردنا وريفتى ص ٣١٤ بند ٢٠٧ .

(٣) بلانويول واسمان بند ٥٢٧ .

(٤) الماهر ١٩٢١/٦/٤ جازيت المحاكم ١٩٢٢-٢-١٢٢ .

(٥) روان ١٩٢٢/١١/٨ سري ١٩٢٦-٢-٧٣ .

ولمترالج في المصالح — أن الطبيب من حقه أن يكشف للمرأة كتابة عن حالة زوجها الصحية إن كان مصاباً بمرض من الأمراض التأسلية ولا تثريب عليه إذا أوحى ذلك إلى إقناع الخلف بين الزوجين^(١).

وطالما أن تصریح الزوج ليس متطلباً في مثل هذه الحالة^(٢) فمن باب أولى ليس ذلك التصريح متطلباً لإعطاء الزوجة شهادة طبية عن حالتها الصحية حتى إذا كانت مصابة بمرض قلته عن زوجها.

هذا هو الحكم إذا كان المريض نفسه الذي يطلب الشهادة ، أما إذا كان طالب الشهادة من الغير فإن الطبيب يعتبر مفشياً لسر المهنة إن هو أعطاه الشهادة قبل أن يتحقق من صفته في طلبها^(٣) والفرض الذي من أجله يطلبها^(٤).

ولا يكفي أن تكون الشهادة مقدمة لدى صفة في طلبها بل يجب أن يعنى الطبيب بتحريها في شخص الحالة تشخيصاً دقيقاً يبينه على ما ثبت له من معلومات بذل في تحقيقها من العناية ما يبذله الطبيب الخريص الحازم^(٥).

فالتبيب الذي يتفاد بغير تبصر ما سمعه على لسان المريض أو فويه وصفاً

(١) قض ١٣ يولية سنة ١٨٩٧ في الأسباب سبرى ١٨٩٨-١-٢٢٠ والتطيق .

قارن محكمة استئناف نيوزيلاندة في هاليسورى ج ٢٢ ص ٣١٨ .

(٢) وسبرى الأساس الذى بنى عليه هذا الرأى لدى دراستنا للمسئولية عن إفشاء سر المهنة .

(٣) كأن يكون ولياً أو موكل من المريض في طلب الشهادة .

(٤) جاردنا وريتقى ص ٣١٥ رقم ٢١٠ و ٢١١ ، إسمان في سبرى ١٩٠١-١-١٦٤ عمود ٢ فقرة ٢ ، فوجير في ١٨٩٨/٦/٢٩ سبرى ١٩٠١-٢-١٠٨ تحت رن في ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٩ . وقد قررت المحكمة أن ليس من حق الطبيب أن يعنى شهادة مرهبة لغير من كان يعالجه إلا برضاه ، ومن باب أولى ليس للطبيب أن يعنى لذلك الغير شهادة قد تستخدم ضد صاحب المريض الذى أولاه ثقته .

وسبرى مع ذلك أن هناك أحوالاً تبرر للطبيب إعطاء الشهادة للغير دون أن يتعرض في ذلك للمسئولية عن إفشاء سر المهنة .

(٥) ساهو ٨٩ ؟؟ مازان ص ١٠٣ ؟؟ خاصة ص ١٠٥ في الآخر ، نيجر ص ٦٨ ؟؟ إلى ٧٠ ، بيتل ص ١٢٥ ، لاكاس بند ٢٣١ ، سافاتييه ج ١ بند ٨٨ .

الحالة وبُعث واقعة لم يحقها جفسه مسئول عن نتائج الشهادة التي يمررها^(١).
كذلك هو يسأل عن الأغلاط التي تضمنتها الشهادة إن لم يكن في طبيعة
البطلة وأعراضها ما يبور وقوعه في تلك الأغلاط بالنظر إلى الحالة التي وصل
إليها العلم^(٢).

ولتقدير مسؤولية الطبيب لا يكفي أن نتبين الأسباب التي أوقعت في الغلط،
بل يجب أن قيم اعتباراً لمدى النتائج التي قد تؤدي إليها الشهادة والأغراض التي
من أجلها حررت. فالطبيب يجب أن يكون أكثر حرصاً وأشد يقظة كلما ازدادت
خطورة النتائج التي قد تؤدي إليها الشهادة وكلما حامت الشبهات حول الغرض
من طلبها^(٣)، وبنوع خاص يتحتم على الطبيب أن يرعى منهى اليقظة والحذر في
تحرير الشهادات الطبية إذا ما تناولت إثبات حالة عاهة في العقل^(٤)، ولقد حكمت

(١) جاردنا ورنيتي من ٣١٥ رقم ٢١٢، لوران ج ٢٠ من ٥١٧، سورتا ج ١
من ٦٧٧ في الآخر، تعليق لجيرمين في الدالوز ١٩١٤-٢-٨٥ رقم ٣-١، سانت آين ١٢/٦
سنة ١٨٩٦ الدالوز ١٨٩٦-٢-٣٧٤، سين ١٦/٦/١٨٩٦ الدالوز ١٨٩٦-٢-٣٧٤، روان
١٨٩٦/٦/٣٠ جازيت باليه ١٨٩٦ - ملحق ٢ من ١٤، كان ١٦/١/١٩٠١ سيري
١٩٠٤-٢-١٧٧، غاسيري ١٩٠٧/٦/٢٥ الدالوز ١٩٠٧-٢-٣٧٩ وسيري ١٩١١
-٣-٤٦٥، قض ١٣/٥/١٩٠٨ الدالوز ١٩٠٨-١-٣٦٦ وسيري ١٩١١-١-٤٦٥،
بلوا ١٢/٣/١٩٠٨ الدالوز ١٩٠٩-٥-١٧، نيم ٣/٧/١٩١١ سيري ١٩١٣-٢-١٧٧
وتعليق بيرو، جرينويل ١٣/٣/١٩٣١ جازيت باليه ١٩٣١-٢-٧٧٦. والطبيب مسئول
إن هو أثبت وجود جروح لم يتحقق منها وكان من شأن ذلك الحكم على الغير بالتعويض ومن
بالبأ أولى إن هو اتقاد بغير تبصر إلى أقوال المريض عن سبب ما به من إصابات (نيجر من ٧٠،
لاكاسي بند ٢٣١) وهو مسئول إن قرر أن ظنراً ليس بها أمراض معدية وبنت غير ذلك
(لاكاسي بند ٢٣١).

(٢) سافاتييه ج ٢ بند ٧٧٦، راجع روان ١١/٨/١٩٢٢ سيري ١٩٢٦-٢-٧٣.
لوران وروكل ١٨٩٤/١٢/٥ بازيكريزي ١٨٩٥-٣-١٠٤، جاردنا ورنيتي من ٩١٤
رقم ٢٠٨ وحكم القض الصادر في ١١/١/١٨٦٥ الذي يشير إليه. ولا تنحصر مسؤولية
الطبيب على تشخيص الحالة بل قد تمتد إلى تقديره لتطوراتها المستقبلية. راجع ليل ١٩/٤/١٩٠٥
بأنديكت ١٩٠٧-٢-٣٤٢، وقد اعتبرت الطبيب مسئولاً عن وصفه حالة شخص أصيب
بحروق عميقة ومنتمرة أثناء العمل، بأنه في حالة عجز مؤقت عن العمل.

(٣) سافاتييه ج ٢ بند ٧٧٦.

(٤) نيجر من ٦٩، روان ١٨٩٦/٦/٣٠ جازيت باليه ١٨٩٦ ملحق ٢ من ١٤،
روان ١١/٨/١٩٢٦ سيري ١٩٢٦-٢-٧٣.

محكمة كان في ١٦/١/١٩٠١ بمسئولية طبيب لم يبذل العناية اللازمة في تحرير شهادة أثبت فيها أن المريض مصاب بحالة جنون دون أن يكلف نفسه مشقة وضعه تحت المصمم والملاحظة الجدية ودون أن يطلب منه زيارة ثانية ليتأكد من أن حالة الافعال الشديد التي لاحظها لم تكن راجعة إلى ظروف طارئة^(١) .

وليس محرماً على الطبيب في تحرير الشهادة أن يستند إلى السوابق الوراثية للمريض، ولكن يجب أن يكون حريصاً بحيث لا يمس التبر فيما يثبت في الشهادة من بيانات إلا بالقدر الذي يكون ذلك لازماً للتدليل على صحة رأيه وتدعيم تشخيصه^(٢) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف شامبيري^(٣) بأن المادة الثالثة من القانون الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٨٣٨ إذا كانت تستلزم، لإدخال شخص في إحدى مستشفيات الأمراض العقلية، شهادة من طبيب يصف فيها حالته العقلية ويبين سمات مرضه وضرورة إدخاله في المستشفى والعلاج المناسب له فإن هذه المادة لم تفرض على الطبيب الالتزام ببيان الأسباب التي أدت إلى جنون الشخص المراد وضعه في المستشفى ولا حالة أقاربه . فأسياب الجنون كثيراً ما تكون أدق من أن تعرف على وجه التأكد . ومن ناحية أخرى فإن آثار الوراثة لا يمكن أن يعرفها الطبيب إلا من بيانات لا يستطيع في أغلب الأحيان أن يتحقق منها . وفغلاً عن ذلك فإن مثل هذه البيانات لا فائدة منها في شهادة ليس الغرض منها سوى تبرير وضع المريض في المستشفى . وخرجت المحكمة من هذا المقدمات بأن الطبيب إذ قرر في الشهادة التي قدمها أن المستأففين بدت عليهم علامات الانحلال العقلي قد أساء استعمال حقه بغير ضرورة تلجئه إلى ذلك .

ولا شك أن محكمة شامبيري قد غالت فيما قرره من أن الطبيب يجب أن

(١) كان ١٦/١/١٩٠١ سيري ١٩٠٤-٢-١٧٢ .

(٢) جرائن ص ١٥٠ و ١٥١ .

قارن ملازان ١٠٨، ولاكس بند ٢٣١، ويلانش رودييه ص ٤٥ و ٤٦، وجاردا وريفي ص ٣١٤ رقم ٢٠٩ .

(٣) شامبيري ١٩٠٧-٢-٣٧٩ وسيري ١٩١١-١-٤٦٥ .

يقصر بحثه على حالة المريض العقلية دون غيره بحيث تعتبر كل إشارة إلى حالة الغير، ولو كان من أقرب الأقربين إلى المريض، من قبيل الخطأ؛ لا شك أن فيما ذهبت إليه المحكمة شيئاً من المغالاة لأهمية السوابق التاريخية في تشخيص الأمراض العقلية على وجه الخصوص؛ ومن المسلم أن الطبيب عليه أن يبين في الشهادة التي يحورها الأسباب التي تدعم تشخيصه للحالة^(١).

لهذا فإن محكمة النقض^(٢) عند ما عرض عليها الموضوع لم تستطع أن تجارى محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه فلم تأخذ بالبداية التي أقرته على إطلاقه وإن كانت قد قررت أن ظروف الدعوى تؤيد ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من أن الطبيب أخطأ فيما أثبتته في الشهادة عن حالة أقارب المريض العقلية؛ فإذا كان من حق الطبيب أن يدل على صحة رأيه بالطريقة التي يرضاها فإنه يعتبر مسيئاً لاستعمال هذا الحق إن هو أثبت في الشهادة وقائع تمس غير المريض دون أن تدعو إلى ذلك ضرورة لتدعيم تشخيصه.

فسواء أكان التشخيص شفوياً أم مكتوباً في شهادة، فإن كل غلطة من جانب الطبيب تعتبر من قبيل الخطأ متى نمت عن جهل أو إغفال للأصول العلمية الثابتة، وبالعكس لا يعتبر من قبيل الخطأ الأغلاط التي ترجع إلى النقص في العلوم الطبية أو إلى الظروف التي، إن أحاطت بطبيب حريص، لسكان من المحتمل أن يقع في نفس الخلط الذي وقع فيه الطبيب المسئول.

(١) بيرو في سبيل ١٩١١-١-٤٦٥.

(٢) حقن ١٣/٥/١٤٠٨ - ١٩٠٨ - ١-٢٥٦ - ١٩١١ - ١-٤٦٥

وتعليق بيرو.

المسئولية عن افساء سر المهنة

وأبنا أن وظيفة الطبيب في المجتمع لم تعد على ما كانت عليه في الماضي قاصرة على علاج المرضى وأبنا أن ثمة وظيفة أخرى أقيمت على عاتقه في تحرير الشهادات الطبية تحتفظ الأغراض التي تتطلبها الحياة المدنية . وهو في مرض القيام بأعباء وظيفته الاجتماعية مرتبط دائماً بالمحافظة على سر المهنة^(١) .

والزام الطبيب هكذا بحفظ السرمعروف منذ القدم^(٢) ففضلا عن أنه واجب أخلاقي تخليه قواعد الشرف فهو أمر تقتضيه المصلحة العامة . فلأن الأطباء كانوا في حل من إفساء أسرار من يقصدون إليهم لامتتع المرضى عن طلب العلاج خشية افتراس أمرهم والإضرار بسمعتهم والخط من كرامتهم ووضع العراقيل في سبيل مستقبلهم^(٣) .

ولقد أيدت جميع التشريعات هذا الالتزام فنص عليه المشرع الفرنسي في المادة ٣٧٨ ع وقيل عنه المشرع المصري نص المادة ٣١٠ ع وكذلك فعل المشرع البلجيكي في المادة ٤٥٨ ع مع تعديل بسيط يتعلق بالترخيص للطبيب بأداء الشهادة أمام المحاكم .

(١) راجع الآراء المختلفة التي قيلت في أساس هذه السولية رسالة لاكاس بند ٢٧٠ ٢٤ والمراجع التي تشير إليها .

(٢) في القانون الهندي وفي عهد الرومان وفي القانون الفرنسي القديم راجع دكتور عمود عمود مصطنع في مدى السولية الجنائية للطبيب إذا أفضى سرا من أسرار مهنة ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١١ ص ٦٥٧ ، ولاكاس بند ٢٦٤ ، وميرلان تحت طيب نقرة ٣ رقم ٣ . وفي العمرة الإسلامية راجع مقالته العلامة محمد بن محمد بن أحمد القرشي المعروف بابن الأخوة الشافعي في كتاب سلام القرية في أحكام الحسبة مذكور في مقال الشيخ عبد العزيز مصطنع المراغي عن مسولية الأطباء في مجلة الأزهر المجلد ٢٠ ص ٢٠٨ .

(٣) لو يواظن في سيرة ٩٦-١-٨١ ، جارو ج نقرة ٢٤٤٦ ص ٦٥ .

ولئن كانت فائزاة للمسئولية المدنية عن إغشاء سر المهنة أوسع نطاقاً من فائزاة للمسئولية الجنائية التي تقتضى لازماً أن يكون الطبيب قد قصد الإغشاء فإن الارتباط بينهما وثيق . ولقد أثار تطبيق المادة ٣٧٨ ع ف كثيراً من الخلافات التي ترجع تلوة إلى شروط هذا التطبيق وتلوة أخرى إلى القيود التي يمكن أن ترد عليه . وسنرى إلى أي حد قضى المشرع المصري على بعض هذه الخلافات . لذلك سيكون كلامنا عن هذا الموضوع في مبحثين نعالج في أولهما أركان المسئولية عن إغشاء السروفي الثاني نبين الأحوال التي يباح فيها للطبيب إغشاء أسرار مهنته دون أن يتعرض للمسئولية .

أولاً — أركان المسئولية عمه إغشاء سر المهنة

١ — سر المهنة الطبية :

يجب أن يكون الأمر الذي حصل إغشاؤه مما يعتبر سراً . على أن تحديد معنى السر لا يخلو من شيء من الصعوبة . فيرى دالوز أن السر هو كل ما يضر إغشاؤه بسعة مودعه أو كرامته^(١) . ولكن بعض الشراح اعترضوا بأن السر قد يكون مشرفاً لمن يريد كتماناً ، ومع ذلك تحمي المادة ٣٧٨/٣١٠ قرة ١ عقوبات^(٢) لذلك عرفه البعض بأنه كل ما يهدد به المريض إلى الطبيب على أنه سر^(٣) . ولم يرض بروواردل بهذا التعريف فقال إن سر المهنة الطبية لا يقتصر على ما يهدد به إلى الطبيب بل يتعداه إلى كل ما يشاهده أو يسمع به أو يستتجه أثناء ممارسة مهنته ولو كان المريض يحمله^(٤) . فسر المهنة الطبية قد يرجع إلى طبيعة

(١) دالوز تحت عبارة إغشاء الأسرار قرة ١٦ .

وفي نفس المعنى سم ١٩٧٤/١٧/١٦ مجلة التشريع والقضاء ٢٤-١٩٧٥ م ٦٩ .

(٢) جارسون م ٣٧٨ قرة ١٧ .

(٣) Trébuchet jurisprudence de médecine P 284 .

أما في سيري ١٩٠٩-١-١٦٢ م ٣٠٤ .

(٤) بروواردل سر المهنة الطبية م ٢٨١ ، جارو شرح قانون العقوبات ج ٦ طبع ٣٠٠٠

٢٧ (أ ب ر)

المرض كما لو كان وراثياً وقد يرجع إلى جسامته وأخيراً قد يتحدد السر بالواقع والملاسات كما إذا أفضى للمريض إلى الطيب بأن الجرح الذي يالجه إنما نشأ عن عراك أو عرف الطيب هذه الحقيقة من نفسه .

ولقد جرى القضاء الفرنسي في أول الأمر على تفسير سر المهنة الطبية بأنه كل ما يسهل به على أنه سر^(١) متبعاً في ذلك حرفية النص دون قصد الشارع .

ولكن محكمة النقض - حتى يكون للحظر الوارد في المادة ٣٧٨/٣١٠ ع قيمته - قررت في قضية واتليه أن السر الطبي يشمل ليس فقط ما يطلب المريض كتابته بل كل ما هو سر طبيته ، أى كل واقعة تقتضي مصلحة المريض عدم إفادتها^(١) . وأخيراً حكمت محكمة السين بأنه فيما عدا الحالات التى نص عليها القانون لا يجوز للطبيب أن يذكر شيئاً من نوع المرض أياً كان هذا النوع ، فالفحص الطبي بكل ما يتنمى عنه من نتائج وما يحيط به من ملابس هو سر طبيته . ولا يجوز أن يترك الطبيب في هذا الشأن تقرير ما يصح إفشاؤه وما يجب كتابته إذ هو لا يستطيع أن يتنبأ مقدماً بما سيقرب على الإفشاء من آثار بالنسبة للمريض^(٢) .

٢٣٥٠، ٢٣٥١، ٧٤، جازسون ٣٧٨ م، قرة ٢٠، أورليان ١٩٢٩/١١/١٩
 دالوز الأسوعي ١٩٣٠-٧٦، ٧٠، ١٩٢٥/٦/٢٠، جازيت باليه ١٩٢٥-٢-٧٧٤.

(۱) گھن چٹائی ۱۸۴۵/۷/۲۶ دالوز ۴۵-۱-۳۴ سیری ۶۵-۱-۵۷۷،
گھن ۱۸۵۳/۶/۱۰ دالوز ۱۸۵۳-۱-۲۰۵ (موتق)، حافر ۳۰/۷/۱۸۸۶ - سیری
۱۸۸۷-۲-۶۹.

(٢) هفت جنبانی ۱۸۸۵/۱۲/۱۹ دالوز ۱-۸۶-۳۴۷ و سیری ۸۶-۸۶-۸۶
و تحریر ثانوی من ۸۷ عمود فقره اخیره ، وی الاجدائی سین ۱۸۸۵/۳/۱۱ سیری
۸۵-۱۲۱ و دالوز ۱-۸۶-۳۴۷، وردو ۵/۷/۱۸۹۳ سیری ۱۸۹۶-۱-۸۴ عمود
۱۶؟؟ هفتی ۵/۱۸۹۹ دالوز ۱-۹۹-۵۸۵ و تطبیق یلانیول، ویزانسون ۶/۷/۱۸۹۹
سیری ۱۹۰۱-۲-۱۰۸، هفتی جنبانی ۱۰/۵/۱۹۰۰ و ۱۵/۲/۱۹۰۱ دالوز ۱-۱۹۰۳
۵۵۳، ۱۹۰۳/۳/۱۹۰۲ دالوز ۱۹۰۳-۲-۴۵۱، ورن ۶/۲/۱۹۰۳ دالوز ۱۹۰۵
۲-۳۲۱ و تطبیق لوباء هفتی ۱۸/۷/۱۹۰۴ سیری ۱۹۰۵-۱-۲۳۳، هفتی ۲۹/۳/۱۹۲۷
سیری ۱۹۲۸-۱-۵۰، ناکیه فی سیری ۱۸/۱۹۱۹-۱-۹، جارسونم ۲۷۸ فقره ۲۰،
جنبانی عبد الملک ۲ من ۴۷ رقم ۱۰ و ۱۱ .

(٣) المذكور في عمود عمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٦١، دونه ١٨٩٦/١/٢٨ في الأساس سري ١-٩٨-٢٢٠ عمود ٣.

ولئن كانت بعض الأحكام تشعر بأنه يشترط أن يكون في إفتاء السر ضرر بالمرضى^(١) فالواقع أن الضرر ركن لقيام المسؤولية المدنية بحسب، أما عن المسؤولية الجنائية فليس ينظر إلى الضرر من ناحية الجنى عليه بل تعتبر الجريمة متوافرة أركانها متى حصل الإضرار بالمصلحة العامة التي أريد بالنص حمايتها فلا يخفى كما قلنا أن السر قد يكون مشرفاً لمن يريد كتمانته ومع ذلك تحميه المادة ٣١٠ مع^(٢) ولا يقتصر السر على ما يصل إليه الطبيب من نتائج إيجابية بل قد يكون في الأمر سر ولو كانت نتيجة الفحص سلبية، فالطبيب الذى يذكر أن الزائر خال من أى مرض يفشى بذلك سرا^(٣) وإن كان القضاء يعتبر هذا من مبررات الرأفة بالمهم. ومع ذلك فهناك أحكام تميل إلى التضييق من هذا الاتجاه وأخرى تستلزم أن يكون الإفتاء عن نتائج إيجابية^(٤) وحجتها في ذلك أن سلامة الشخص من الأمراض ليست بطبيعتها سرا يفترض أن يفترض أن الطبيب مؤتمن عليه.

(١) قض ١٣/٧/١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦-٥٨٨ والمحكم تأيد لمحكمة أورليان في ١٩/١١/١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠-٧٦.

راجع أيضاً لكس ١٩/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-٢-٤٥١، ويروى سبرى ١٩٠٥-١٩٢٣ عمود ٢٥، سم ١٦/١٢/١٩٢٤ مجلة القصرج والقضاء ١٩٢٥-٦٩.

عكس جارو ج ٦ طبة ٣ بند ٢٣٥٠، والتطيق في دالوز ١٩٠٢-١-٢٣٥ تحت رقم ٧٢ عمود ٢، ولميل تيلو في المجلة الفصلية ١٩٣٢-١٢٠٢.

(٢) جارسون م ٣٧٨ رقم ١٧.

(٣) قض ١٩/١٢/١٨٨٥ سبرى ١٨٨٦-١-٨٦، قض ٩/١١/١٩٠١ سبرى

١٩٠٤-١-٢٠٢، قض ٩/٥/١٩١٣ سبرى ١٩١٤-١-١٦٩، مازو في دالوز

١٩٢٧-١-١٨٦ عمود أول، جارسون م ٣٧٨ فقرة ٢٣، جارو ج ٦ طبة ٣ س ٦٩

حامش ١٣، بير جولف في تعليقه على قض ٨/٥/١٩٤٧ دالوز الأسبوعى ١٩٤٨-١٠٩

ص ١١٠ عمود ٢.

(٤) قض ١٨/٧/١٩٠٤ سبرى ١٩٠٥-١-٢٣٣ وتطيق يرو، قض ٢٩/٣/١٩٢٧

سبرى ١٩٢٨-١-٥ دالوز ١٩٢٧-١-١٨٥.

والغريب فيما ذهبت إليه محكمة النقض أنها قررت أن عمكة الإستئناف أسابت في استبعادها لعهادات طية قدمها الورقة لإببات أن مورتهم كانت مصابة بامعة في الفل وذلك لسكى يتوصلوا إلى إبطالوصيتها فيما أخذت بمهادات أخرى قدمها الوصى إليه لإببات أن الموصية كانت محظنة بكلل قواها الطلية بدعى أن هذه المهادات السلية لا تصب على واقعة سرية بطليهاوليس في إذاعتها ضرر بالتوفاة.

وليس هذه الحجة مقنعة ، فعندما يمرض المريض نفسه على الطبيب لنقصه هو لا يعرف مقدما ما عسى أن تكشف عنه نتيجة الفحص ، فالمفروض أنه يتطلب من الطبيب ألا يفشى أمره للغير ، وبعبارة أخرى يمكننا أن نقول إن الفحص الطبي في مجموعه سر بطبيعته ليس من حق الطبيب أن يكشف عن نتائجه للغير أيًا كانت هذه النتائج^(١).

== وينتقد مزلو (دالوز ١٩٢٧-١٩٦١ عمود ٢) هذا الحكم إذ ليس هناك ما يضمن بأنه مصلحة المتوفاة في الأخذ بالمهاديات السلبية ، فلو أنها كانت حقا مصابة بتقص في قواها العقلية كما جاء في المهاديات التي قدمها الورثة فإن مصلحتها الحقيقية وإرادتها لو كانت مالمسا لقواها العقلية ، هي بغير شك في إبطال الوصية التي تعزم بها وورثتها الطيبين من نصيب من ميراثها فالأخذ بالمهاديات السلبية واستبعاد المهاديات الأخرى بدعوى أن الأولى وحدها هي التي تحقق ومصلحة المتوفاة فيه مصادرة على المطلوب .

ويضيف مزلو إلى ما تقدم أن التصريح للأطباء بإعطاء شهادات سلبية عن حال مرضاهم يمسس كبير بسر المهنة إذ سيفسر رفض الطبيب إعطاء الشهادة على أنه تخرج من بيان حالتهم وإقرار بمزهمهم ، وكثيرا ما يكون تقي مرض معين معناه أن المريض مصاب بمرض آخر (مازوي في دالوز ١٩٢٧-١-١٨٠ عمود ٢ فقرة ٣ وانظر التطبيق المنشور في دالوز ١٩٠٢-١-٢٣٥ تحت رقم ٢٤١ في الآخر) .

ولذا كان مازو قد انتهى إلى ضرورة استبعاد المهاديات الطبية المتلفة بحالة المريض العقلية سواء ما كان منها إيجابيا أو سلبيا فإن بعض الصراح قد انتهىوا في هذه المسألة بالذات إلى نتائج عكسية (هوجيني في سيرى ١٩٢٨-١-٥ أنظر ص ٦ عمود ١ ، سافاتييه في المجلة الفصلية ١٩٢٧-١٩٢٨ ص ٣٠٥ رقم ٩ تطبيقاً على قض ٢٩/٣/١٩٢٧ و ١٩٢٨ ص ٥٢٧ رقم ٣ تطبيقاً على مونتيلييه في ٢٧/٣/١٩٢٨ و ١٩٣١ ص ٩٩٤ رقم ٧ تطبيقاً على سين ٣٠ يونيو سنة ١٩٣١ ، لاكاس بند ٣٢٦) فقررنا أن الاستناد إلى هذه المهاديات ليس فيه ما يعطش البتة مع التزام الأطباء بحفظ سر المهنة فضلا عن أن استبعادها يحرم المحاكم من رأى ذوي الخبرة في تقدير حالة المريض العقلية وقت كتابة الوصية .

ولا ضير عندنا في أن نأخذ بما انتهى إليه هؤلاء القضاء إذا كان تقدم الشهادة حصل برضا أحد أقارب التوفى أو أصهاره إذ القهوم من المادة ٧ من القانون رقم ١٤١ سنة ١٩٤٤ بشأن حيز المصابين بأمراض عقلية أنه لا مسئولية على الطبيب الذي يخبر أهل المريض بما هو مصاب به من مرض عقلي فلا يخل أن تكون الوفاة سببا في سلب ما لهؤلاء من حق في معرفة حالته . وتأيداً لذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩/٤/١٩٣٨ (مجلة التصريح والقضاء سنة ٥٠ ص ٢٥٠) بأن الطبيب لا يعتبر مفضيا لسر المهنة إن هو قدم شهادة طبية إلى أهل المريض ثبت أنه مصاب بباطة في عقله .

(١) مازوي في دالوز ١٩٢٧-١-١٨٦ عمود أول فقرة ٥ وعمود ٢ فقرة ٣ و ص ١٨٧ ==

قد يقال إن السر هو ما تضي مصلحة المريض كتمانها أما إذا كانت الواصفة بحيث لا يصيب المريض أى ضرر من إفشائها فلا التزام على الطبيب بالمحافظة على سريتها ، وظاهر أن الشهادة السلبية ليس من شأنها الإضرار بالمريض . ولكن هذا التدليل غير صحيح فليس من شأن الطبيب ولا المحكمة تقدير ما للمريض من مصلحة في حفظ السر بل الأمر في ذلك مرجعه إلى المريض نفسه الذى له وحده أن يقدّر ظروفه ^(١) .

"فتلا يحصل أن يصاب شخص في حادثة فيرفع دعوى على قائد السيارة التى صدمته لمطالبته بالتعويض عن عاهة مستديمة يستحيل برؤها . يدعى أنه ليس من شأن طبيبه المالج أن يعطى لقائد السيارة شهادة تدل على أن الحادثة لم تترك في جسده أى أثر فتل هذه الشهادة تعتبر إفشاء لسر المهنة وهو ما اطرده عليه القضاء على الرغم من أن الشهادة تعتبر في ذاتها سلبية" ^(٢) .

== عمود أول فقرة ١ ، يرو شارماتيه سر المهنة حدوده والتصف فيس ٢٨٤ ، لوبا في دالوز ١٩٠٣-١٩٠٤ عمود أول فقرة ١ ، جارو ج٦ طلبة ٣ بند ٢٣٥٠ وهامش ١٣ س ٦٩ وبند ٢٣٥١ س ٧٤ .

قارن يرو في سبرى ١٩٠٥-١٩٠٦ عمود أول فقرة اخيرة ؟؟ ويرى بلايول (دالوز ١٨٩٩-١٩٠٥ عمود ٢) أن إفشاء سر المهنة بهذا المعنى إن كان يميز الحكم على الطبيب بالتعويض فإنه لا يميز الحكم عليه جنائياً لأن الص لا يتبع لكل هذا الضير .

وقول جارسون (م ٣٧٨ فقرة ٩٥ ؟؟) إن النتيجة التى وصلنا إليها إن كانت مسخافة من الناحية المهنية فهي لا تسمى مع الضير الصحيح للتصوم . فاله نون لا يماقب إلا حيث يكون ثمة سر حصل الإفشاء به . والسرية هنا مرجحها إما إلى طبيعة المرض وإما إلى رغبة المريض المستخافة صراحة ، أو ضناً من الوقائع والملايات المحيطة بالمرض .

ولما كانت هذه الوقائع والملايات قد تكون مجهولة من الطبيب فقد اضطر جارسون إلى القول بأن الطبيب لا يكون مسئولاً إلا في حدود ما يلمه منها وبذلك يكون قد فوت قصد الشارع من إحاطة سر المهنة بسياج مبن حتماً للمصلحة العامة . وقد عز عليه أن يعتبر الطبيب مسئولاً عن إفشاء وقائع لم يمر العرف بإعطائها أهمية خاصة وتسمى أن وظيفة الطبيب هي علاج المرضى لا الصحت عن أسرارهم والتشقق بما ينه من جهود في علاجهم وأنه متى تعدى حدود مهنته فن الصل أن يحصل وزر تصرفاته .

(١) مازو في دالوز ١٩٢٧-١٩٢٨ عمود ٢ فقرة ٢ ، ٤ ، ٣ .

(٢) فوجير ٢٩٨/٦/٢٩ ورن ١٨٩٨/٤/٧٧ في دالوز ١٩٠٠-١٩٠١ س ٢٦٣ .

١٠٠ وإذا كان سر المهنة يشمل كل ما يعرفه الطبيب بمناسبة ممارسته لمهنته وتبسيبها فإن الطبيب لا يلزم بكتمان السر الذي لا تمت بصلة إلى عمله كما لو أفضى إليه صديق بسر من هذا النوع دون أن يقصد أخذ رأيه في العلاج^(١).

٢ — صفة من أوثمه على السر:

من المسلم به أن المادة ٣١٠ ع عند ما ذكرت الأطباء والصيادلة والتقوابل لم ترد بذلك حصر الأشخاص الذين ينطبق عليهم النص بدليل ذكرها عبارة أو غيرهم والقول بغير ذلك لا يتفق هو وقصد الشارع في المحافظة على أسرار المهنة. فهناك أشخاص يتصلون بحكم الضرورة بالأطباء أثناء عملهم ومن مصلحة المريض نفسه أن يشرح لهم الطبيب حالته فإن كانوا في حل من إباحة السر قد أصبح النص قليل الفائدة إذ ما يحرم على الطبيب يمكن أن يحل لمساعدته.

ولقد اختلف الرأي في هذه المسألة في فرنسا ولكن محكمة النقض حكمت بأن مديري المستشفيات ومساعدى الأطباء يعاملون معاملة الأطباء في هذا الصدد^(٢).

والرأى عندنا أن نص المادة ٣٧٨ ع يجب أن ينطبق على كل من يعتبر أميناً على السر بحكم الضرورة^(٣) وبذلك يمتد إلى كل من يتصل بالأطباء وتكون له فرصة الاطلاع على السر، فيشمل بذلك مساعدى الأطباء فنيين وغير فنيين كما يشمل الطلبة الذين يتعمرون في المستشفيات^(٤).

(١) دالوز إنشاء الأسرار رقم ١٩ ، لاكاس بند ٢٧٩ ، جارسون م ٣٧٨ نفرة ٢٢ ونفرة ٩٩.

قارن جارو ج ٦ طبعة ٣ هامش ٢٠ ص ٧٤.

(٢) نفس ١٨٩٣/٣/١٦ دالوز ١٨٩٤-١-١٣٧، نفس ١٨٩٥/٣/١٤ دالوز ١٨٩٩-١٨٩٥-٦١٤ ونفس ١٨٩٥-٣٧٥ ، تطبيق لا تراكي دي لا بوري في دالوز ١٨٩٧-١-٢٣٣.

عكس نفس ١٨٦٤/١٢/٨ في دالوز ٦٧-٥-٤٣١ ، جارو ج ٦ بند ٢٣٥١ ص ٧٥.

Confidant nécessaire (٣)

(٤) جارسون م ٣٧٨ رقم ٩٣ ، لاكاس التزامات الطبيب بند ٢٧٦.

٣- إفشاء السر :

يقصدون بإفشاء السر إطلاع الغير عليه بأية طريقة كانت بالمسكاتية أو المشافهة أو الإشارة ويتوفر هذا الركن ولو كان الإفشاء بجزء من السر^(١) بل إن محكمة النقض الفرنسية حكمت بأن مجرد ذكر اسم مريضة دخلت في مستشفى للولادة يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة وأنه من ثم يحق لمدير المستشفى أن يتمتع عن الإدلاء بشهادته في هذا الصدد^(٢).

ولا يشترط أن يكون الإفشاء علنياً بل يكفي أن يكون إلى شخص واحد^(٣) فالطبيب الذي يفشى لزوجته سراً من أسرار مهنته يقع تحت طائلة العقاب ولو طلب منها كتمانها^(٤)، وكذا القابلة إذا ذكرت شيئاً من هذا القبيل لزوجها . وقد نظرت قضية ضد أحد الأطباء في إنجلترا استدعى للكشف على زوجة أخيه فوجدها في حالة إجهاض بينما كان أخوه متغيياً من مدة طويلة . رفعت الزوجة دعوى على الطبيب تطالبه بتعويض كبير لإفشاء هذا السر إلى زوجها فدفع الطبيب بأنه لما كانت هذه المسألة خاصة بشرف العائلة فإفشاؤها لأحد أفرادها مسموح به ؛ ولكن القضاء لم يبر هذه الوجهة إلتفاتاً وحكم على الطبيب بالتعويض^(٥).

(١) جارسون م ٣٧٨ رقم ١٤ ، جوابه م ٣٣٤ ، أحمد أمين طبعة ٢ م ٥٩٥ ، جندي عبد الملك ج ٢ م ٤٧ رقم ٨ .

(٢) قضي ١٨٩٥/٢/١٤ دالوز ١٨٩٩-١٨٩٥-٦١٤ وسري ١٩٥-٣٧٥ .

قارن قضي ١٨٩٣/٣/١٦ دالوز ١٩٤٤-١٣٧ . ولئن بدا أن هناك تناقضاً بين المحكيين فالواقع أن هذا التناقض الظاهر يتفنى إذا عرف أنه في القضية الأولى كانت المستشفى مخصصة للولادة فجرد ذكر اسم المريضة بمعد طيبة السبب الذي من أجله دخلت المستشفى يمسك الحال في القضية الثانية حيث كانت المستشفى معدة لعلاج فيها كل الأمراض . وراجع مقالة مارسيل والين في دالوز الأسبوعي ١٩٣٠-٦٥ .

(٣) جندي عبد الملك ج ٢ م ٤٧ رقم ٧ ، جارسون م ٣٧٨ رقم ١٣ ، دالوز إفشاء الأسرار رقم ٢١ ، جرو ج ٦ بند ٢٣٥٢ ، جودني شرح قانون العقوبات المسمى ج ٣ م ٩٨٥ ، لاكس بند ٢٨١ .

(٤) لوستيان مانتس م ٢٥٨ .

(٥) الطب الفرنسي في مصر م ٢٣ مذكور في عمود عمود مصطفى الرجوع السابق م ٦٦٣ وأظهر قضية مقام بلاغير في مانتس م ٢٧٨ .

فليس فيما قرناه ما يتلخص هو وتقدم العلوم الطبية فإذا كان تقدم هذه العلوم مرهوناً ببحث الحالات الجديدة أو الشاقة التي تعرض على الأطباء فليس لينها بوجه عام معرفة أشخاص المرضى أو أسماهم .

حقاً إن هناك أحوالاً يتحتم البحث فيها عن الأسباب الوراثية لتعرض أو الظروف المعيشية التي أدت إليه بل إن هناك أحوالاً لا غنى فيها عن تصوير المريض وموطن الداء من جسمه ولكن الرغبة في خدمة العلم يجب أن تسود على الاعتبارات التي من أجلها تقرر الاحتفاظ بسر المنة^(١) .

٤ - الفصل الجنائي :

مجرد الإفشاء مع العلم به كاف لتوفر هذا الركن . والقانون لا يكتفى في العقاب بأقل من هذا ، فلا يماقب على الإفشاء إذا حصل بإهمال أو عدم احتياط من الطبيب الذي يترك في مكان غير أمين معلومات سرية عن أحد مرضاه فيطلع عليها الغير عرضاً^(٢) . ولكن عدم مسئولية الطبيب جنائياً في هذه الحالة لا يمنع من الحكم عليه بالتعويض إذا ما ترتب على إفشاء السر ضرر للمريض أو ذويه^(٣) .

ولم يشترط القانون الجنائي أكثر من تصد الإفشاء فليس يلزم أن يكون الطبيب مدفوعاً في ذلك بنية الإضرار . ولقد جرت محكمة النقض الفرنسية في أول الأمر على استلزام نية الإضرار يؤديها في ذلك بعض الشراح^(٤) بحجة أن المادة ٣٧٨/٣١٠ وردت في باب القذف والنسب وهاتان الجزئتان تستلزمان نية الإضرار .

(١) لويوتيفان في سيري ١٨٩٦-١-٨١ .

(٢) جارسونم ٣٧٨ نفرة ٣١ ، أحمد أمين س ٦٠٠ ، جندى عبد الملك ج ٢ رقم ١٧ س ٥٠ ، جازو ج ٦ بند ٢٣٥٢ ، لويوتيفان في سيري ١٨٩٦-١-٨١ ، عمود ٢ نفرة ٢ ، باريس ١٨٨٥/٥/٥ سيري ١٨٨٥-٣-١٢١ .

(٣) لويوتيفان المرجع السابق نفرة ٣ عمود ٣ س ٨١ . تايكي في سيري ١٩١٩/١٨-١-١١ عمود أول نفرة أخيرة ، لاكس بند ٢٨٢ .

(٤) قس ١٨٣٠/٧/٢٣ مذكور في تطبيق ليمون فيل على باريس ١٨٨٥/٥/٥ قس سيري ١٨٨٥-٣-١٢١ ، قس ١٨٦٤/١١/٢١ المجموعة الجليلي رقم ٣٩٨ ، جازو فيل ج ٥ نفرة ١٨٧٢ دالوز إفشاء الأسرار بند ٣٣ .

وفضلا عن أن القياس لا يؤخذ به في نطق القانون الجنائي إذا كان من شأنه الإضرار بالتهمة فليس صحيحا أن نية الإضرار مشترطة في جرمي القذف والسب^(١) لذلك عدلت محكمة النقض الفرنسية عن اشتراط نية الإضرار بمحكمها الشهير في قضية واتليه . وتلخص وقائع هذا القضية في أن الدكتور واتليه نشر في جريدة الماتان بعدها الصادر في ١٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ تصحيحا لما ذكرته جريدة فولتير عن وفاة أحد حرقائه ليدفع عن نفسه بذلك مسئولية أديته . ولكن في دفاعه ذكر وقائع كان قد اتهمه عليها المتوفى مما عدته المحكمة إفشاء سر للمهنة الطبية تنطبق عليه المادة ٣٧٨ ع . وقد ردت المحكمة على دفاعه بأن نص المادة ٣٧٨ ع نص مطلق يجب تطبيقه بغض النظر عن نية الإضرار وهو ما يستنتج من عبارة المادة ومن الروح التي صيغت بها .. وبأن المشرع قصد بها تأمين الثقة وتوفير الطمأنينة للعائلات ضد كل من تحدّثه نفسه بإفشاء سر اضطر للمريض إلى الإباحة به .. وبأنه يكفي لتطبيق المادة أن يحصل الإفشاء عن مجرد العلم^(٢) .

ومنذ أن صدر ذلك الحكم والقضاء يكاد يكون مستقرا على عدم اشتراط نية الإضرار^(٣) ومن ثم فإن الطبيب يعاقب على إفشاء سر المهنة ولو كان مدفوعا

(١) أحمد أمين ص ٥٣٠ و ٥٦٠ ، وراجع في تطور القضاء المصري في هذا الموضوع الدكتور محمد مصطفى الخليل بك في المسئولية الجنائية ص ١٣٤ .

(٢) سين في ١١/٣/١٨٨٥ باريس ٥/٥/١٨٨٥ سيري ٨٥-٢-١٢١ وتطبيق إدمون فيل ، نفس في نفس القضية ١٨٨٥/١٢/١٩ دالوز ٨٦-١-٣٤٧ وسيري ٨٦-١-٨٦ وقرار تاتون .

(٣) بيناسون ١٨٨٧/٢/١٧ دالوز ١٨٩٩-١-٨٦-٥٨٦ حاشي ١ وسيري ٨٧-٢-٩٤ ، بورديو ١٨٩٣/٧/٥ دالوز ١٨٩٤-١-١٧٧ سيري ٩٦-١-٨٤ وفي القضا ١٨٩٥/٤/١٩ سيري ٩٦-١-٨١ وتطبيق لوبو تيفان ، نفس ١٩٠٤-١-١٩٠٤ ، نفس ١٩١٣/٥/٩ دالوز ١٩١٤-١-٢٠٦ سيري ١٩١٤-١-١٦٩ وتطبيق رو . وفي نفس المنى التي انتهى إليه القضاء راجع ، إميل تيلو المجلة الفصلية ١٩٣٢ ص ١٧٠٢ ، أحمد أمين ص ٥٩٨ ، ليجريس في دالوز ١٨٩٦-٢-٥٢٣ عمود أول في الآخر ؟؟ ناكه في سيري ١٨٩٩/١-١٨٩٩ عمود ٢ نفرة ٤ ، ملزوق دالوز ١٩٢٧-١-١٨٧ عمود أول نفرة أخيرة ، لوباف دالوز ١٩٠٣-١-٥٥٣ عمود أول نفرة أولى وس ٥٥٥ عمود أول نفرة ٣ وفي دالوز ١٩١١-٢-١٢١ عمود ٢ نفرة ٢ ، جارسون م ٣٧٨ رقم ٢٩ و ٣٠ ، جلورج ١٩١١ رقم ٢٣٥٢ ، لأكس بند ٢٨٣ .

إلى تلك بالرغبة في خدمة العلم^(١).

إذا توافرت هذه الأركان اعتبر الطبيب مستولا ، ولكن هناك أحوالا يلزم فيها الطبيب أو يتحول له إنشاء السر دون أن يقع تحت طائلة العقاب وهذا ما سنعالجه في المبحث التالي :

ثانياً - مجربات الإفشاء :

١ - رضا صاحب السر بإفشاءه :

نصت المادة ٢٠٦ من قانون المرافعات على أنه يجب على الأشخاص المذكورين في المادة ٢٠٥ أن يؤدوا الشهادة عن الأمور والتوضيحات المتقدم ذكرها إذا طلب منهم ذلك من بلغها إليهم .

والنص قاصر على أداء الشهادة ، ولكنه يقرر مبدأ عاماً وهو أن الإذن بالإفشاء يرفع واجب السكتان^(٢) ، ويلاحظ أن القانون جعل أداء الشهادة واجباً في هذه الحالة بمعنى أن الطبيب يلزم بأداء الشهادة وإلا اعتبر ممتنعاً عن أدائها واستحق العقاب المقرر في المادة ١٦٩ من قانون تحقيق الجنايات .

ولا يوجد في فرنسا ما يقابل نص المادة ٢٠٦ مف مادعا إلى اختلاف الشراح ، فيرى جأرو ومعه بعض الأحكام أن الالتزام بحفظ السر التزام مطلق وأن تحريم الإفشاء أمر متعلق بالنظام العام ، فلا يملك صاحب السر رخصة بإباحته^(٣).

(١) بوردو ١٨٩٣/٧/٥ دالوز ١٨٩٤-٢-١٧٧ وسيري ١٨٩٦-١-٨٤ ، وفي النسخ عرائش ١٨٩٥/٤/٩ سيري ١٨٩٦-١-٨١ وتطبيق لوبواتيان ، روفى سيري ١٩١٤-١-١٧٠ عمود أول فقرة ٣ ، يزانسون ١٨٨٨/٥/٢٣ سيري ١٨٨٨-٢-١٢٨ .

(٢) أحد أمين ص ٤٦٠ جندى عبد الملك ج ٢ ص ٥٧ رقم ٣٢ ، قارن سم ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ مجموعة القضاء والتفريع ٢٤-١٩٢٥ ص ٦٩ .

(٣) جأرو ج ٦ طبعة ٣ بند ٢٣٥٣ ، التطبيق على ليون ١٩٠٩/٦/١٦ دالوز ١٩١٠-٢-١٢٣ خاصة عمود ٢ فقرة أخيرة ، بورديون مذكور في تطبيق لوبا في دالوز ١٩٠٥-٢-٣٧٣ عمود أول فقرة أخيرة ، نفس ١٨٤٤/٥/١١ سيري ١٨٤٤-١-٥٢٧ (المحكم خمس بحمام) ، جريويل ١٨٨٢/٥/٢٤ سيري ١٨٨٤-٢-٤٨ (والمحكم خمس حسن) ، =

ويضيف برواردل^(١) إلى ذلك أن صاحب السر لا يدرك ما هيته ولا مله، فكل ينصب تصريحه بالإفشاء على ما يعرفه وما عهد به إلى الطبيب أو يمتد إلى ما وراء ذلك مما يتبين للطبيب واستتبعه وظل مجهولاً لديه . فإذا صاح المريض في وجه الطبيب أن قل الحقيقة فأية حقيقة يذكرها ، ولو عرف المريض ما يستطيع الطبيب أن يقوله لما فكر في الترخيص له بالإفشاء .

ولكن الرأي الذي انتقد عليه إجماع أغلب الفقهاء^(٢) هو أن لصاحب السر أن يبيع للطبيب إفشاء ما دام هو صاحب المصلحة الأولى في السكتان وما دام في استطاعته أن يذم نفسه ما خطر على الطبيب إذاعته ، والأطباء لا يتعرضون في ذلك لأن يفقدوا ثقة مرضاهم ما دامت إذاعة السر مقبولة برضاهم .

وقد جرى القضاء الفرنسي بوجه عام على الأخذ بهذا الرأي منذ أواخر القرن الماضي^(٣) فأعطى للمريض الحق إذا كان بالغاً ولوالده إذا كان قاصراً في أن يطلب

١١/٣/١٨٨٥ وباريس ٥/٥/١٨٨٥ سيري ١٨٨٥-٢-١٢١، ١٢١/١٢/١٨٨٧ جزيت
فبراير سنة ١٨٨٧ سيري ١٨٨٧-٢-٩٤، جنات كوت جرون ١٥/١٢/١٨٨٧ جزيت
باليه ١٨٨٨-١-١٢٩، نفس ٩/٤/١٨٩٥ سيري ١٨٩٦-١-٨١، نفس ٩/١١/١٩٠١
سيري ١٩٠٤-١-٢٠٢، إكس ١٩/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-٢-٤٥١، رن ١٢ يونيه
سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥-٢-٣٧١ وتطبيق لوياس ٣٧٢ عمود أول نفرة ٤، نفس ٩
مايو سنة ١٩١٣ سيري ١٩١٤-١-١٦٩، يو ٢٠/٦/١٩٢٥ جزيت باليه ٢٥-٢-٧٢٣،
نفس جنائي ٨/٥/١٩٤٧ دالوز الأسبوعي ١٩٤٨-١٠٩ وسيري ١٩٤٧-١-١٠٦
والتطبيق مع الحكم .

فان بلانول (دالوز ١٨٩٩-١-٥٨٥ عمود ٢) وهو يرى أن رضا المريض يجعل
الطبيب بمنزلة عن المسؤولية الجنائية ، وهو في ذلك يعيل إلى التفرقة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية
الجنائية بدعوى أن نص المادة ٣٧٨ مع أصيق من أن ينسج لا آمل إليه تطور القضاء المدني في
المسؤولية عن إفشاء السر للجنة .

(١) برواردل السر الطبي ص ٥٢ ، ٧٠ .

(٢) ملزو في دالوز ١٩٢٧-١-١٨٥ عمود أول، جارسون م ٣٧٨ رقم ٧٨، يمكن في
سيري ١٩٠١-١-١٦١، لاكس بند ٢٨٤ ، تاكمي في سيري ١٨٩٦/٧/١٩١٦-١-٩١ عمود ٣
س ١٠، لوياثيان في سيري ١٨٩٦-١-٨٢ عمود أول النفرة الأخيرة ٤؟

(٣) حلفر ٣٠/٧/١٨٨٦ سيري ١٨٨٧-٢-٦٩، بوردو ٥/٧/١٨٩٣ سيري ١٨٩٦-١-١٨٩٦
٨٤-١ تحت نفس ٩/٤/١٨٩٥ وفي دالوز ١٨٩٤-٢-١٧٧ ، فوجير ٢٩/٦/١٨٩٨

إلى الطبيب إغشاء نوع المرض . بل إن بعض الأحكام أباحت ذلك ولو كان الإذن ضمنياً بأن استنتجه الطبيب من مجموع الظروف^(١)، إنما يشترط أن يكون الرضاء صحيحاً وصادراً عن بيئة^(٢) ومن أجل ذلك تشككت المحاكم في قيمة الإذن الصادر من المؤمن على حياته لطبيبه المبلغ في أن يبيع للشركة كل ما يتعلق بأسباب وفاته فمثل هذا الإذن لم يصد عن بيئة لأنه متعلق بالضرورة بمرض مستقبل يحمله المريض وقت الإذن^(٣).

وليس رضاء المريض بملازم الطبيب بأن يغش سر المهنة فله أن يقدر أن مصلحة المريض في أن يظل جاهلاً حقيقة حالته^(٤) ورضاء المريض بإفشاء السر حق شخصي

== تحزن ٢٢/٤/١٨٩٩ سري ١٩٠١-٢-١٠٨، يزانسون ٦/٧/١٨٩٩ سري ١٩٠١-٢-١٠٨، ليون ١٦/٦/١٩٠٩ دالوز ١٩١٠-٢-١٢٣، قض ٢٦/٥/١٩١٤ سري ١٨/١٩١٩-٩-١٠٨ ودالوز ١٩١٩-١-٥٦، قض ١٦/٧/١٩١٤ سري ١٨/١٩١٩-١-١٢، أورليان ١٩/١١/١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠-٧٦.

عكس قض ٨ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٤٨-١٠٩ وسري ١٩٤٧-١-١٠٦ (١) ليون ١٦/٦/١٩٠٩ دالوز ١٩١٠-٢-١٢٣. وينتقد دالوز هذا الحكم بحجة أنه يضع مصلحة المرضى تحت رحمة الأطباء ويجعل تحرير مسئولية الأطباء رهنا بتقدير المحاكم، دويه ٢٨/٤/١٩١٣ دالوز ١٩١٩-١-٥٦ تحت قض ٢٦/٥/١٩١٤ والصليق.

خارن لويوتيفان في سري ١٨٩٦-١-٨٢ عمود ٣ بقرة ٣.

(٢) جلوسون م ٣٧٨ بقرة ٨٣.

(٣) يزانسون ١٧/٢/١٨٨٧ دالوز ١٨٩٩-١-٥٨٦ حامش ١ وفي سري ١٨٨٧-٢-٩٤، صليق إسمان في سري ١٩٠١-١-١٦٤ عمود ٣، بجل من ١٧٠...

قرب حافر ٣٠/٧/١٨٨٦ سري ٨٧-٢-٦٩.

عكس مانتش ٣٠٥، لاكس بند ٣٢٥، باللري من ٢٦٦.

(٤) مازو دالوز ١٩٢٧-١-١٨٥ عمود أول، ناكه في سري ١٨/١٩١٩-١-٩ راجع من ١٠ عمود ٣؛ وهو يعيل إلى القول بأن الطبيب يترجم أدياً بالكلام إذا دعاه المريض إلى ذلك ١١ عمود ٢، لاكس بند ٢٨٤، بير جولنفق دالوز الأسبوعي ١٩٤٨-١٠٩ تحت قض ٨/٥/١٩٤٧ أنظر من ١١١ عمود أول، لويوتيفان في سري ١٨٩٦-١-٨٢ عمود ٢ بقرة أولى، جلوسون م ٣٧٨ بقرة ٨٠، ٨١، ١٠٤.

قرب حافر ٣٠/٧/١٨٨٦ سري ٨٧-٢-٦٩. ونحن لا نستحي من ذلك إلا حالة ما إذا دعا المريض الطبيب لأداء الشهادة كمنى المائة ٢٠٦ مف

قاصر عليه^(١) فلا ينتقل بوفاته إلى ورثته ولا يحق للطبيب أن يذبح سرّاً اعتماداً على تصريح الورثة بذلك^(٢).

٢ - إفتاء السر لمصلحة المريض نفسه :

قد تقتضي مصلحة المريض نفسه أن يشرح الطبيب حالته لنوبه أو القائمين بأمره حتى تكون عنايتهم به على النحو الذي يتفق هو وطبيعه بالمرض^(٣) والطبيب في ذلك لا يتعرض لأية مسئولية لأن المفروض أن المريض قد أذن له بالإفتاء^(٤) ولما كان الإذن الضمني هو الذي يبرز عدم مسئولية الطبيب عن الإفتاء في هذه الحالة فقد قيل إنه يتحتم على الطبيب أن يكتم السر عن أهل المريض إذا دعاه المريض نفسه إلى ذلك أو كانت ظروف المرض أو طبيعته مما يفترض منها عدم رضاه المريض بالإفتاء ، كحالة الحمل سفاحاً .

(١) هافر ١٨٨٦/٧/٣٠ سبتمبر ٨٧-٢-٦٩ ، هس ١٩١٣/٥/٩ دالوز ١٩١٤-١-٢٠٦ وسبتمبر ١٩١٤-١-١٦٩ وتطبيق رو ، ليجريس في دالوز ١٨٩٦-٢-٢٣ عمود ١ ، بير جوف دالوز الأسبوعي تحت هس ١٩٤٧/٥/٨ من ١١ عمود أول سنة ١٩٤٨ ، نويواتفان في سبتمبر ١٨٩٦-١-٨٢ عمود ٣ ، لاكس بند ٥٨٥ ، بلانيول تحت هس ١٨٩٩/٥/١ دالوز ١٨٩٩-١-٥٨٦ عمود ١ ، ملازو تحت هس ١٩٢٧/٣/٢٩ دالوز ١٩٢٧-١-١٨٥ عمود ١ .

(٢) هافر ١٨٨٦/٧/٣٠ سبتمبر ٨٧-٢-٦٩ ، يزانسون ١٨٨٧/٢/٩٧ دالوز ١٨٩٩-١-٥٨٦ هاش ١ وسبتمبر ٨٧-٢-٩٤ ، يزانسون ١٨٩٩/٦/٧ دالوز ١٩٠٠-٢-٤٠٧ وسبتمبر ١٩٠١-٢-١٠٨ ، هس ١٩٢٧/٣/٢٩ دالوز ١٩٢٧-١-١٨٥ وتطبيق ملازو ، موتيليه ١٩٢٨/٣/٧ جازيت باليه ١٩٢٨-٢-١٥٨ ، لاكس بند ٢٨٥ و٣٢٥ ، بلانيول في دالوز ١٨٩٩-١-٥٨٦ .

قارن أورليان ١٩٢٩/١١/١٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠-٧٦ والحكم وإن أجاز لواء المريضة بدوفاً أن يعمل الطبيب من التزامه بحفظ السر المنة فاذك إلا لأنه كان يملك هذا الحق حال حياتها لأنها كانت قاصرة .

عكس جارسون م ٣٧٨ فقرة ٨٩ ، ديموج المحلة الفصلية سنة ١٩٠٧ من ٦١٢ .

(٣) جارسون م ٣٧٨ فقرة ١٣٧ ، التعلق على هس ١٨٩٧/٧/١٣ في سبتمبر ١٩٠٨-٢٢ ، لاكس بند ٣١٦ .

(٤) جارسون م ٣٧٨ فقرة ١٣٧ .

على أنه إذا كان المريض قاصراً فإن الطبيب يعتبر مسئولاً إن لحقه ضرر بسبب تسكته على ما به من مرض^(١). وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المريض مصاباً بأمعة في القلب فإن الطبيب لا يعتبر منفياً لمر المنة إذا أعطى لأهله أو للسلطة العامة شهادة تثبت حالته^(٢).

٣ - إفتاء السر لمصلحة الطبيب :

قضت محكمة باريس في قضية واتليه بأن إفتاء السر لا يباح ولو كان القصد منه درء مسئولية أدبية^(٣)، كذلك لا يباح للطبيب أن يفشى سرأ بقصد الحصول على أتعابه إلا لضرورة وبالتقدير اللازم لبيان مدى الجهود التي بذلها إذ عليه أن يوفق بين الدفاع عن مصالحه وبين التزامه بحفظ سر المنة^(٤)، وقد حكمت محكمة هامبورج على طبيب بالعقاب لأنه في سبيل الحصول على أتعابه سلم إلى محاميه رسائل وصلته من زوج المدعية التي كان يعالجه وتوفى، وكانت هذه الرسائل تحتوي على معلومات تهم الزوجة مما اعتبرته المحكمة من أسرار المنة. وقالت

(١) جارسون ٣٧٨م فقرة ١٣٨ ، لاكاس بند ٣٢٠.

(٢) سم ١٩٣٨/٤/٢١ مجلة التصريح والقضاء سنة ٥٠ من ٢٥٠ والحكم فيما ذهب إليه يفتي مع ما هو مفهوم من نص المادة ٧ من ق رقم ١٤١ سنة ١٩٤٤ .

(٣) باريس ٥ مايو سنة ١٨٨٥ والحكم الاجتائي في ١١/٣/١٨٨٥ سيري ١٨٨٥-١٢١-٢ ودالوز ٨٦-١-٣٤٧ تحت حكم النفس في نفس القضية ، لكاس ١٩٠٢/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-٢-٤٥١ ، رو في سيري ١٩١٤-١-١٧٠ عمود أول فقرة ٣ ، دالوز في تعليقه على أمان ١٩٠٢/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢-٢-٤٩٣ عمود أول .

(٤) لاكاس بند ٢٨٦ ، ويرى ملازو (في دالوز ١٩٢٧-١-١٨٧ عمود أول) أنه لا يباح للطبيب أن يفشى سر المنة أصلاً بقصد الحصول على أتعابه، وهو يرى أن القضاء يلزم على هذا ولذلك فهو ينتقد حكم مجلس ديوان المديرية الصادر في ٢٧/٥/١٩٢٧ (دالوز ٢٧-١-١٨٦ حاس ١) التي رفض أن يطلى الطبيب أتعابه لأنه لم يكشف عن تخفيصه لمرض من ظم . بعلاجه .

فلان سين ١١/٥/١٨٦٤ Juris. Chancour. civil ١٨٨٣-٨٢ المسئولية الطبية رقم ١٣٥ ، جارسون ٣٧٨م رقم ١٣٥ ، تعليق دالوز على أمان ١٩٠٢/٣/١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢-٢-٤٩٣ عمود أول .

المحكمة في حيثيات حكمها إن نص المادة ٣١٠/٣٠٠ ع وضع لصلح عام فلا يجوز للطبيب في سبيل مصلحته اللادية أو الشخصية أن يخالفه ولو كان حسن النية^(١).
ولكن إذا رقت على الطبيب دعوى لمطالبته بالتعويض عن أضرار منسوبة إلى خطئه، فيدو أن حقه في الدفاع من نفسه يسمح له أن يحل بالتزامه بحفظ سر المهنة^(٢)، ومن باب أولى يجوز له أن يفشى السر للردء المسؤولية الجنائية عن نفسه

(١) مذكور في عمود محمود مصطفي المرجع السابق ص ٦٦٧ وراجع بروكسل في ٢٨ مارس سنة ١٩٠٠ في نفس المقي حملش ٣ من نص المرجع ص ٦٦٧ .

(٢) جارسون م ٣٧٨ رقم ١٣٦ ، لاكاس بند ٢٨٦ .

عكس مانث من ٢٥٠ ، وأميان ١٩٠٢/٣/١٢ دالوز ١٩٠٢-٢-٤٩٣ ، وعمود محمود مصطفي المرجع السابق ص ٦٦٦ ، وهو يذهب إلى أن الإقضاء لا يجوز ولو كان القصد منه دء مسؤولية مدنية ، ويذكر أن القضاء الفرنسي يرى على الحكم على الطبيب بتعويض الأضرار التي ترتب على شكوكه رغم أنه يلزمه بهذا السكوت ورتب عقاباً على مخالفته . فقد حكم بأن الطبيب الذي يستدعي للكشف على طفل حديث العهد بالولادة فيجد به علامات الزهري ثم لا يلبه الفطر إلى ذلك مكثياً بدواء يتركها للطفل يعتبر مشغولاً عن تعويض الفطر عن الصدوى التي انتقلت إليها بمقتضى نص المادة ١٣٨٢/١٥١ . ويعلق الدكتور محمود عمود مصطفي على هذا الحكم بأنه حكم غريب يظهر فيه التضارب بين التزامين أحدهما جنائي والآخر مدني ويزيد في غرابته أنه تطبيق سليم للقانون .

ونحن نرى أن القضاء الفرنسي إذا كان قد جرى حلاً على الحكم على الطبيب بالتعويض في مثل هذه الحالة فما ذلك إلا لأنه اعتبر السكوت خطأ سلبياً يوجب المسؤولية طبقاً للمادة ١٣٨٢/١٥١ م دون أن يحدد أن الطبيب يتعرض للمسؤولية إذا هوبه الفطر لمرض الطفل ، فإنما سنرى أن حالة الضرورة وأركانها متوافرة في هذه الحالة إنما تبرر له الإقضاء .

وإذا شعر الدكتور عمود محمود مصطفي بأن رأيه يؤدي إلى حرمان الطبيب من كل وسيلة لإثبات براءته فقد أضاف (للمرجع السابق ص ٦٦٧) بأنه إذا لم يكن للطبيب أن يفشى السر لدء المسؤولية عن نفسه فله على العكس أن يدفع بالتزامه بالكتمان لدء هذه المسؤولية ، بل إن له أن يستند إلى هذا الالتزام للمطالبة بالتعويض ، فقد حصل أن طبيباً أجرى عملية جراحية لفتاة قامت على أثرها ، فرض والدها دعوى مطالب فيها الطبيب بالتعويض على أساس أنه تسبب بإحراق في وفاة ابنته إثر ترك فتاة من الحضانة يعطها فلما سئل الطبيب عن التهمة هي ما عزي إليه ورفض بأن المادة ٣٧٨/٣١٠ ع تحول دون ذكره للأسباب الحقيقية التي أودت بحياة الفتاة وطلب من المحكمة أن تحكم له بالتعويض لأن المدعى شعر بسخطه فأجابته المحكمة لكل ما طلبه (أميان ١٩٠٢/٣/١٢ دالوز ١٩٠٢-٢-٤٩٣) .

وهكذا عن أن الحكم الذي أشار إليه الدكتور عمود محمود مصطفي لم يحدد أكثر من

وإلا تجرد من كل وسيلة لإثبات براءته^(١).

٤ — إباحة السر في حالات الضرورة :

كثيراً ما تطرأ ظروف يضطر فيها الطبيب إلى إفشاء سر حصل عليه بطريق مهنته ويثار هذا البحث غالباً بصدد عقود الزواج كما إذا أتيحت لطبيب فرصة فحص أحد الخطيبين فوجده مصاباً بالزهري ، فهل يلزم بكتمان هذا الأمر عن الطرف الآخر مع ما يقترب على ذلك من نتائج خطيرة بالنسبة لحياة الأسرة المستقبلية. اختلف الشراح في هذه المسألة فقريق يرى أن نص المادة ٣١٠ ع مطلق لم يرد عليه أى قيد ومن ثم لا يباح للطبيب أن يخالف أحكامه . ويأخذ القضاء الفرنسى بهذا رأى . فقد حكم بأن الطبيب الذى يكشف لوالدى الفتاة مرض خطيبها فيفسد بذلك مشروع الزواج يعتبر مفسياً لسر المهنة ومسئولاً عما أصاب المريض من أضرار من جراء ذلك^(٢).

وكذلك اعتبر القضاء إفشاء سر المهنة الطبية إخبار الطبيب لزوجته المريض

== التشدد فى تلص أسباب المسؤولية بالنسبة للطبيب الذى يحرمه التزامه بحفظ سر المهنة من الإدلاء بأسباب براءته فإن النتيجة التى يستخلصها منه الدكتور عمود عمود مصطفى لا يمكن قبولها لأنها تتطلب على إنكار المسؤولية الطبية وتحويل أركانها وإلا فكيف يستطيع القاضى أن تلص أسباب تلك المسؤولية إذا كان فى إستطاعة الطبيب دائماً أن يدفعها عن نفسه بالالتزام بحفظ سر المهنة . ولعل الذى اضطر الدكتور عمود عمود مصطفى لى انتحال هذا رأى هو شعوره بالخرج من تجريد الطبيب من حقه الطبيعى فى الدفاع عن نفسه بإلزامه بحفظ سر المهنة حتى إذا رفعت عليه الدعوى العمومية .

(١) قضى جئاً ١٩١٦/٣/٢٣ فى Juris Classour civil م ٨٢م - ١٣٨٣ المسؤولية الطبية رقم ٢٧٠ ، التعلق على أيمان فى ١٩٠٢/٣/١٢ دالوز ١٩٠٢ - ٤٩٣ - ٢ ، جارسون م ٣٧٨ رقم ١٣٦ ، لاكس بند ٢٨٦ .

(٢) سين ١٩٠١/٧/١١ Juris Classour civil م ٨٢م - ١٣٨٣ المسؤولية الطبية رقم ١٧٧٨ ، روفى سبرى ١٩١٤ - ٢ - ١٧٠ عمود أول فقرة ٤ وهو يقول إنه إذا كان على الطبيب واجب أدبى فى أن يمنع حصول الزواج فإن هذا الواجب لا يرقى لى حد الإلتزام القانونى حتى تمكن الموازنة بينه وبين الإلتزام بالاحتفاظ بسر المهنة . جارسون م ٣٧٨ فقرة ١٤٠ ، حلى المسؤولية المدنية للأطباء ص ١٧٠ .

بأن زوجها مريض بمرض معد وتحذيره إياها من مواعته^(١) .
ويرى شر آخر من الشراح أن إفتاء السرمباح في هذه الحالات وأمثالها
لأن القانون يرمى إلى كتمان السر حيث لا يوجد مسوغ شرعى يبيح الإفشاء، أما
هنا فالطبيب يتنازعه واجباً وهو مطلق التصرف في إثارة أحدهما على الآخر^(٢) .
ويشير الدكتور جيد إلى أن واجب الطبيب نحو الإنسانية يحتم عليه إفتاء السر،
ويضيف إلى ذلك قوله «لوفرض ومرت على حالة خطيب حصاب بازهرى في درجة
يستحيل برؤها فكيف أستطيع الصمت وأنا أشاهد جنسية ذلك الرجل الذى لم
يستمع إلى نصيحى وهو يوشك أن ينقل العدوى إلى فتاة بريئة وأطفال لا ذنب
لهم فيهدم عائلة مستقبله . إننى لا أعتقد أن شجاعى كافية لارغامى على إطاعة القانون
في هذا الصدد ولن أتردد في أن أقول لوالد الفتاة — لا تسط ابنتك لهذا الرجل —
ولا أزيد على ذلك حرفاً . ولا أعتقد أنى أكون بذلك قد أفضيت سرا . ولو
فرض جدلاً وقمعت للحكمة فأنادى محذراً الآباء من مثل هذه العاقبة . ولا
أعتقد أن المدالة تخذلنى إلى حد الحكم على بالعقاب»^(٣) .

ولقد كان لمثل هذه الآراء صداها في عالم الفقه فوجد الشراح المخرج في نظرية
الضرورة^(٤)، ويقول لوسيان مانش في ذلك إن ضرورة الإفشاء هى التى تحدد

(١) سانت ايتين ١٩٠٧/١٢/٢ مجلة القانون في ١٩١٠/١٢/٧ ، لاكاس بند ٣١٩ .

عكس قض ١٨٩٧/٧/١٣ في الأسباب سبرى ١٩٩٨-١٩٢٠ .

(٢) مانش ص ٢٤٩ .

(٣) قلا عن محمود محمد مصطفى المرجع السابق ص ٦٦٩ .

(٤) والقصد بالضرورة هنا هو حالة الضرورة بمعناها العام فإذا كان الأصل أن الخطر الدائم الذى يقصد إلى توقيه في حالة الضرورة لا يكون للضرورة يد في إحدائه بعكس الحال في الدفاع الشرعى حيث يكون الضرور هو بناته محدث ذلك الخطر فإنه يحصل أحياناً أن حالة الضرورة تحتل بمجالة الدفاع الشرعى إذا كان العمل الضار لم يدفع إليه خطر خارجى وإنما استزمه خطر صادر من الضرور نفسه . ففى مثل هذه الحالة تنتفى المسؤولية بتماماً ويكون للضرورة حكم الدفاع الشرعى من هذا الوجه (أنظر في ذلك المذكرة التفسيرية لمشروع تفهيم القانون المدنى ج ٢ ص ١٨٧ وراجع في أن حالة الضرورة بمعناها العام تشمل حالة الدفاع الشرعى ما زو بند ٤٩٢ هامش ٢) .

الالتزام بالسكتان ، فيعفى الطبيب من التقصير إذا اضطر إلى إفشاء السر ، وللمحكمة
الرأى الأعلى في تقدير مبررات الإباحة^(١).

ويظهر أن القضاء بدأ يتجه نحو الأخذ بهذه النظرية ؛ فقد حدث أن اختصاصياً
في الأمراض التناسلية شاهد شاباً ، كان يبالغ حديثاً من قرحة زهرية في التقصير ،
يدخل الحمام الذى يستحم فيه فحاول أن يمنعه دون جدوى ، مما اضطره إلى مكاشفة
مدير الحمام الذى أصدر إلى الشاب أمراً بالخروج ، فامتثل الشاب لهذا الأمر ولكنه
زفع دعوى على الطبيب ، فقضت المحكمة ببراءته إذ ما كان يستطيع أن يتصرف
على غير ما فعل حرصاً على المصلحة العامة^(٢).

ويقف الطبيب مثل هذا الموقف إذا دعى لملاج طفل حديث العهد بالولادة
فوجده مصاباً بالزهرى ، فعليه في هذه الحالة أن يشير بإعطائه طعاماً صناعياً فإن لم
يكن بد من إرضاعه فليرضعه أمه لأن في جسمها مناعة من أن تنتقل إليها عدوى
إنها . فإذا رفضت الأم وأصررت على إحضار طفل لا ينهها فلي الطبيب أن يفهمها
مقبة ذلك عليها فإذا لم تتمثل لنصحه كان من حقه أن يشرح الأمر للطفل دون أن
يتعرض للمسئولية عن إفشائه سر المهنة ؛ بل إن المحاكم تلزم الطبيب بالتعويض عن
الأضرار التي تحيق بالطفل إن هو لم ينهها إلى مرض الطفل وما ينطوى عليه من خطر
العدوى لاسيما أن تدخله يعملها على الاطمئنان إلى سلامة الطفل من الأمراض المعدية^(٣).

(١) مانس م ٢٥٠ .

(٢) الطب الشرعى في مصر م ٢٥ قلا عن محمود محمود مصطفى المرجع السابق م ٢٧٠ .

(٣) لاكاس بند ٣١٧ ، أميان ١٨٩٣/٨/١٢ مشار إليه في ديلبر م ٩١ ، ديجون ١٤

مايو ١٨٦٨ سبرى ١٨٦٩-١٢-٢ والتعليق وقد جاء في حيثيات الحكم :

Le médecin qui sciemment laisse ignorer à une nourrice les dangers
auxquels l'expose l'allaitement d'un enfant atteint de syphilis congénitale
peut être déclaré responsable du préjudice causé par sa réticence; qu'il
ne saurait prétendre qu'appelé à donner ses soins à l'enfant seul il n'avait
pas à se préoccuper du danger que peut courir la nourrice; qu'un pareil
système qui blesse les lois de la morale ne peut être invoqué contre une
nourrice à laquelle sa situation même impose une confiance nécessaire
dans le médecin choisi par la famille de l'enfant.

عكس هاى المسئولية المدنية للأطباء رسالة م ١٧١ .

والحال بالمثل إذا شاهد الطبيب أحد مرضاه الصابين بالزهري أو بأى مرض معد يشتغل طاهياً أو خادماً مما يعتبر منشأاً لخطر جسم للغير فواجب الطبيب في هذه الحالة أن ينصح المريض بالامتناع عن العمل فإذا أبى كان للطبيب أن يبلغ السيد دون أن يتعرض جزاء المادة ٣١٠ ع^(١).

وبمثل هذا يجب أن يتصرف إذا الزوج المريض بمرض معد فبينه الزوجة حتى تتقى خطر العدوى وهو ما قرره محكمة النقض الفرنسية إذ راعت ما بين الزوجين من اندماج في الحياة وامتزاج في المصالح قضت بأن الطبيب من حقه أن يكشفه للمرأة كتابة عن حالة زوجها الصحية إن كان مصاباً بمرض تناسلي ولا تثرىب عليه إن أدى ذلك إلى إيقاع الخلف بين الزوجين^(٢).

وهنا تبرز مشكلة يحسن التنويه بها . فما دنا قد أبحنا للطبيب أن يكشف للزوجة عن مرض زوجها في بعض الحالات فهل يجوز لها أن تستند إلى ما قرره الطبيب لترفع على زوجها دعوى الفقرة .

لا شك عندنا في أن لها هذا الحق . ولكن إذا دعى الطبيب للشهادة فعليه أن يلتزم جانب السكوت وإلا اعتبر مفسياً لسر المهنة وحقت عليه المسؤولية .

ويدق الأمر إذا كان الطبيب قد أرسل خطاباً إلى الزوجة ليعيظها علماً بمرض زوجها فهل لها أن تقدم الخطاب إلى المحكمة لتستند إليه في دعوى الطلاق ؟ لا شك أننا إذا اعتبرنا الخطاب ملكاً لها كان من حقها أن تستند إليه إذ للشخص أن يستعمل ملكه كيفما شاء ولا مسئولية عليه طالما أنه لم يسئ استعمال

(١) لاكاسى بند ٢/٣٧٠ . قانون لييج ١٨٩٠/٧/٢٠ سري ٢٣٧-٢-٩٥ .
عكس جارسون م ٣٧٨ نفرة ١٣٩ . إنما يشترط أن يكون التبليغ قاصراً على السيد وحده لأن الضرورة التي أباحت للطبيب إنشاء سر المهنة يجب أن تخلص بمقدارها .
(٢) قس ١٨٩٧/٧/١٣ في الأسباب سري ١٨٩٨-١-٢٢٠ والتعليق .
عكس التعليق على ليون ١٩٠٩/٦/١٦ في دالوز ١٩١٠-٢-١٢٣ عمود أول نفرة أخيرة .

هذا الحق . ولكن إذا كان الأصل أن الخطاب يعتبر ملكاً للمرسل إليه^(١) يستعمله كيفما شاء^(٢) ما دام يحقق بذلك غاية مشروعة تتفق والقرض الاجتماعي الذي من أجله تقرر له الحق ، فليست هذه القاعدة مطلقة ، ذلك أن حق المرسل إليه يتعلق بالخطاب إذا كان منصبا على سر ، فيفترض في هذه الحالة أن هناك اتفاقاً ضمياً بين المرسل والمرسل إليه على عدم إذاعة هذا السر إلا برضا الطرفين^(٣) ، ومن ثم في حالتنا لا يجوز للزوجة أن تستند إلى الخطاب الذي وصلها من الطبيب إلا برضا الطبيب نفسه ، وهو لا يملك أن يصدر مثل هذا الرضا وإلا اعتبر مفتشاً لسر المهنة^(٤) . فلئن كانت الضرورة قد أباحت له أن يكشف للزوجة عن مرض زوجها فليس ثمة ضرورة تبيح له الإفشاء قبل الكافة ولا يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها إلى خطاب تقدمه الزوجة عن مرض زوجها لأن عرض هذا الخطاب على المحكمة ، حتى إذا كان برضا الطبيب ، ينطوي على جريمة يعاقب عليها القانون^(٥) .

(١) ليموج ١٩/٤/١٨٤٤ سري ١٨٤٥-٢-٦٥٤ دالوز ١٨٤٥-٤-٥٣ ، نفس ١٨٨١/٢/٩ دالوز ١٨٨٢-١-٧٣ ، دويه ١٨٩٦/١/٢٨ سري ١٨٩٨-١-٢٢٠ عمود ١ ، لجريس في دالوز ١٨٩٦-٢-٥٢١ عمود أول نفرة ٢ . عكس يوردو ١٨٨٢/٧/٢ دالوز ١٨٨٤-٢-٥٩ .

(٢) فله أن يستند إليه لمطالبة الغير بحق له ، نفس ١٨٦٤/٧/٢٦ دالوز ١٨٦٤-١-٣٤٧ . وله أن يسلمه للغير ويبيع له استعماله ، مرسيليا ١٨٨٩/٩/٥ مجموعة مرسيليا ١٨٩٠-١-٢٥ . (٣) روان ١٨٦٤/٣/٢٣ دالوز ١٨٦٤-٢-٧٠ ، روديه ١٨٩٦/١/٢٨ دالوز ١٨٩٦-٢-٥٢١ وسيري ١٨٩٨-١-٢٢٠ عمود ٣ ، تطبيق لجريس في دالوز ١٨٩٦-٢-٥٢٢ عمود أول نفرة ٢ .

راجع مع ذلك فاليري تحت ليموج ١٨٩٤/٢/١٢ دالوز ١٨٩٥-٢-٥٣٧ فالخطابات السرية تعتبر ملكاً للمرسل والمرسل إليه معاً ، راجع كورمينتين في المجلة الانتقادية ١٨٥١ ص ١٠٤ ، وتانسي ١٨٦٩/٣/١١ دالوز ١٨٦٩-٢-٢٢٣ .

وراجع الأراء المختلفة في ملكية الرسائل لجريس في دالوز ١٨٩٦-٢-٥٢١ وهو يرى خلافاً لحكم محكمة استئناف دويه التي يطلق عليه أن الملكية للمرسل إليه فقط ، إنما هي ملكية مقيدة باشتراط عدم إذاعة السر التي تضمنه الخطاب .

(٤) دويه ١٨٩٦/١/٢٨ دالوز ١٨٩٦-٢-٥٢١ ، وفي الفتوى ١٨٩٧/٧/١٣ دالوز ١٩٠٠-١-٤٣ وتطبيق ل. س عمود ١ ص ٤٤ وفي سيري ١٨٩٨-١-٢٢٠ .

(٥) لاكس بند ٣٢٢٢ ، بل إن محكمة باريس في ١٩٣٥/٣/١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٥-٢٥٦ قضت باستبعاد شهادات من طبيب أجني في بلد لا يطلب على إنشاء سر المهنة .

قد يفترض بأن الحق الذي أعطيتاه للطبيب في أن يكشف للزوجة عن مرض زوجها لا يحقق بهذا الوضع الفرض الذي شرع من أجله ، وهو رفع الضرر عنها ، ولكن إحاطتها علماً بمرض زوجها يمكنها من أخذ الحيطة اللازمة حتى لا تنتقل إليها العدوى ، ثم إن في إمكانها أن ترفع دعوى الفرقة أمام المحكمة وتطلب إليها تعيين خبير ليثبت ما علته من مرض زوجها^(١) .

٥ — أداء الشهادة أمام القضاء :

أداء الشهادة أمام القضاء واجب على كل فرد خدمة للعدالة ، وتنص المادة ١٦٩ من قانون تحقيق الجنايات على أنه إذا حضر من دعى للشهادة وامتنع عن الإجابة أمام المحكمة يحكم عليه بالحبس مدة لا تتجاوز شهراً أو برامة لا تزيد على ثلاثة جنبيات إلا أنه لا يحكم بقوبة ما على الأشخاص الملزمين بمقتضى المادة ٣٦٧ (٣١٠) من قانون العقوبات بكتيان الأسرار التي ائتمنوا عليها بسبب صناعتهم ولا على الأشخاص المaffen من أداء الشهادة في الأحوال المبينة في المواد ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤ من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية .

وإذا تصفحنا المواد من ٢٠٢ إلى ٢٠٥ مف نجد أنها صريحة في أن الشاهد لا يجبر على إفشاء سر من أسرار صناعته أو مهنته بشرط أن يطلع المحكمة على الأسباب التي تدعوه إلى الامتناع عن أداء الشهادة ، وللمحكمة الرأي الفصل في تقدير هذه الأسباب وتقدير ما إذا كانت المعلومات التي يطلب منه إبدائها تعتبر من أسرار المهنة التي أراد القانون حمايتها بالمادة ٣١٠ ع ، فإن رأت ألا مسوغ لامتناعه ألزمته بالشهادة^(٢) .

(١) راجع في أسباب التفريق بين الزوجين المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ ونصها «الزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها للعقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ... »

وللادة ١١ ونصها «يستأن بأهل الخبرة في الصوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها ... » .

(٢) أحمد أمين ص ٦٠٣ ، محمود محمود مصطفى للرجع السابق ص ٦٧٣ ، جارسون م ٣٧٨ =

ولا تقبل شهادة الطبيب فيما يفشى به سر المهنة إذ لا يقبل أن يقيم القانون وزناً لشهادة يعتبر الإهلاء بها جريمة توجب العقاب^(١).

ولا تستطيع المحكمة أن تلزم الشاهد بالإفشاء بسر من أسرار مهنته ولا يجوز لها أن تقضى بالعقاب على الطبيب الذى يمتنع عن إفشاء سر مهنته وإلا كان حكمها باطلا للخطأ فى تطبيق القانون^(٢).

ولقد اختلف فيما إذا كان الامتناع عن أداء الشهادة يعتبر امتيازاً للأطباء أو التزاماً عليهم، فأما ٣١٠ ع تنص على أنه لا تسرى أحكام هذه المادة إلا فى الأحوال التى لم يرخص فيها قانوناً بإفشاء أمور معينة كالمنقر فى المواد ٢٠٢؛ من قانون المرافعات.

وإنه ليتضح من الاطلاع على المادتين ٢٠٤، ٢٠٣ أنها وردتا بشكل يترك التقدير للموظف فى أداء الشهادة أو الامتناع عنها بعكس المادة ٢٠٥ وهى المادة

== نقرة ٦٧، قض ١٩٠١/٢/١٥ G. P. ١٩٠١-١٩٠١ ٤٦٩-١-١٩٠٤ وسرى ١٩٠٤-١-١٩٠١-١-٢٠١
وتطبيق إسبان، قض ١٩٠٤/٧/١٨ دالوز ١٩٠٥-١-١٩٠٥ ٤٣-١-١٩٠٥ وسرى ١٩٠٥-١-١٩٠٥ ٢٣٣-١-١٩٠٥
وتطبيق بيرو، قض ١٩٢٧/٣/٢٩ جازيت باليه ١٩٢٧-٢-٢٠٣، قض ١٩٢٨/٣/٧ جازيت باليه ١٩٢٨-٢-١٥٨.

(١) قض ١٨٤٥/٧/٢٦ دالوز ١٨٤٥-١-١٨٤٥ ٣٤٠-١-١٨٤٥ وسرى ١٨٤٥-١-١٨٤٥ ٥٧٨-١-١٨٤٥، قض ١٨٨٦/٧/٢٦ دالوز ١٨٨٦-١-١٨٨٦ ٤٧٥-١-١٨٨٦، فوجير ١٨٩٨/٦/٢٩ سىرى ١٨٩٨-١-١٨٩٨ ١٠٨-٢-١٨٩٨ تحت رين ١٨٩٩/٤/٢٢، قض ١٨٩٩/٥/١ سىرى ١٨٩٩-١-١٨٩٩ ١٦١-١-١٨٩٩، يزانسون ١٨٩٩/٦/٧ سىرى ١٨٩٩-١-١٨٩٩ ١٠٨-٢-١٨٩٩ ودالوز ١٨٩٩-٢-١٨٩٩ ٤٠٧-٢-١٨٩٩، قض ١٩٠٠/٥/١٠ و١٩٠٠/٧/١٥ دالوز ١٩٠٣-١-١٩٠٣ ٥٥٣-١-١٩٠٣، وهو إذ يعر استبعاد المحكمة لشهادة الطبيب التى يفشى بها سر المهنة لا يرى عقابه، لانعدام قصد الجنائى ومع ذلك تظل مسئوليته المدنية قائمة (راجع بنوع خاص المودع الأول من ٥٥٥) واستبعاد شهادة الطبيب تبررها فى نظره اعتبارات متعلقة بالنظام العام فضلاً عن أن السر يعتبر ملكاً خاصاً لمن أودعه (يزانسون ١٨٩٩/٦/٧ دالوز ١٨٩٩-٦-١٨٩٩ ٤٠٧-٢-١٨٩٩) فليس المودع عنده أن يفشى بغير إذن المودع وهى نفس الفكرة التى توجب استبعاد المحاكم للخطابات السرية إذا قدمها الرسل إليه بغير إذن للرسل.

فان مذكرة الحامى العام كينو فى قض ١٨٤٥/٧/٢٦ سىرى ١٨٤٥-٧-١٨٤٥ ٥٧٨-١-١٨٤٥.
عكس قضه ١٨٨٢/٨/١٨ سىرى ١٨٨٢-٨-١٨٨٢، إسبان فى سىرى ١٩٠١-١-١٩٠١ ١٦٣-١-١٩٠١.
انظر من ١٦٥ عمود ٣ نقرة أخيرة.

(٢) محمود محمود مصطفى من ٦٧٣ للرجع السابق.

التي يمكن أن يدخل تحتها الأطباء فصيفتها تدل قطعاً على التحريم .
ويرى الأستاذ أحمد بك أمين للتوفيق بين الصيغتين أن يترك اختيار الموظفت
في ذلك ، فإذا أدى الشهادة وهو يعلم أن في ذلك ضرراً للمصلحة العامة عوقب
بمقتضى المادة ٣١٠ ع^(١) . على أننا نعتقد أن مقارنة هذه النصوص لا تؤدي إلا إلى
حل واحد وهو تحريم الشهادة قطعاً بالنسبة للأطباء^(٢) . والقول بغير ذلك لا يتفق
هو وما أراده المشرع من إحاطة سر للمنة بسياج متين من الكتمان في كافة
الأحوال، إذ أن إباحة الشهادة أمام القضاء ستؤدي إلى تعطيل نص المادة ٣١٠ ع
إلى حد كبير .

وهذا الحل الذي أخذ به المشرع المصري يخالف ما عليه الحال في إنجلترا
حيث لا يعترف القضاء الإنجليزي بامتياز للأطباء في هذا الصدد مع أنه يباح
هناك للقاسوة والحامين الامتناع عن أداء الشهادة إذا انصبت على سر من أسرار
مهنهم^(٣) .

ولم يرد في القانون الفرنسي ما يقابل الفقرة الثانية من المادة ٣١٠ ع، لذلك أثار
موضوع الشهادة جدلاً بين الشراح، فرأى ذهب إلى أن الالتزام بالشهادة واجب على
كل فرد وأن القول بإعفاء البعض من هذا الواجب معناه إعدام الدليل بالنسبة
لبعض الجرائم أو الحكم بالإدانة فيها من غير دليل ، فالطبيب ملازم بالإدلاء بالشهادة
مقى دعى لأدائها ولو أنصبت على سر من أسرار مهنته^(٤) .

ورأى آخر ذهب إلى أن القانون يبيح للطبيب أن يتمتع عن أداء الشهادة

(١) أحمد أمين ص ٦٠٤ طبعة ٢ .

(٢) عمود عمود مصطفي المرجع السابق ص ٦٧٣ .

(٣) بير جوفت تحت قس ١٩٤٧/٥/٨ دالوز الأسبوعي ١٠٩-١٩٤٨ أنظر
ص ١١٠ فقرة ٦ ، الطب الفرعي في مصر ص ٢٢ قلا عن عمود عمود مصطفي المرجع السابق
ص ٦٧٤ .

(٤) فوستان هيل في بيرو شارماتيه ص ١٣ ، لوجرافران مذكور في لاسي بند ٣١٠
حامش ١٥١ ، ناكه في سيري ١٩١٨/١٩-١٠-١٩١٨ راجع ص ١٠ عمود ٢ .

أمام القضاء وهو لا يقا به إذا قام بأدائها لأن المقصود بالمادة ٣٧٨ م هو العقاب على الإفشاء التلقائي^(١) أما هنا فالتطبيب أن يستند إلى الإكراه المعنوي الذي حمله على الشهادة لكي يغفل من العقوبة . وقد سار القضاء الفرنسي على هذا الرأي حتى أواخر القرن الماضي^(٢)، ثم بدأ بعد ذلك يتحول نحو الأخذ بالرأى الذي ورد في التشريع المصري فأصبح على الطبيب أن يتمتع عن أداء الشهادة إذا كان يبيع بها سرا من أسرار مهنته وإلا حقت عليه المسؤولية وامتنع على القضاء الاستناد إليها^(٣).

(١) جارسون م ٣٧٨ بند ٣٣٣؛ ١٠٤، بوميرول المسؤولية الطبية أمام المحاكم ص ٩٢، جاردو شرح قانون العقوبات ج ٦ بند ٢٣٥٤ ص ٨٥؛ ومع ذلك فإنه يتحفظ بالنسبة للطبيب الذي يدعى للشهادة في دعوى مدنية وقرر عقابه إذا أفشى بشهادته سراً من أسرار مهنته لأنه يمسك الحال في الدعاوى الجنائية لا يغني بشهادته للمصلحة العامة بل للمصلحة الخاصة لأحد المتقاضين، إسمان في سيرى ١٩٠١-١٦٣ عمود أول، وهو يمتنع مع منطلة فيقرر أنه لاضير على المحاكم إن هي استندت إلى شهادة الطبيب في مثل هذه الحالة (ص ١٦٥ عمود ٣ فقرة أخيرة وما بعدها) بل هو يدفع إلى أكثر من ذلك ويقرر أنه حتى لو اعتبرت شهادة الطبيب في مثل هذه الحالة جريمة وليس معنى ذلك أن المحكمة لا يصح لها الاستناد إليها في حكمها إذ لم يرد نص يبيح للمحكمة إبطال الشهادة في مثل هذه الحالة .

(٢) قض ١٨٤٥/٦/١٨ سبى ١٨٤٥-١-٤٦، قض ١٨٤٥/٧/٢٦ دالوز ١٨٤٥-٤-١٤٠، قض ١٨٥٣/٦/١٠ دالوز ١٨٥٣-١-٥٣، قض ١٨٥٣/١/٦ دالوز ١٨٥٣-١-٣٠، قض ١٨٨٢/٨/١٨ دالوز ١٨٨٣-١-٤٦، باريس ١٨٩٧/٥/٦ سبى ١٨٩٧-١-١٦١، وقد أجازت المحكمة الاستناد إلى شهادة الطبيب التي يبيع بها سراً من أسرار مهنته في عرف وجه الحقيقة في موضوع النزاع فأقرت بذلك ضماً مشروعية إدلاء الطبيب بشهادته ولو كانت فيها إفشاء لسر .

(٣) دويه ١٨٩٦/١/٢٨ في الأسباب وقض ١٨٩٧/٧/١٣ سبى ١٨٩٨-١-٢٢٠، تولوز ١٨٩٨/٢/١٠ دالوز ١٨٩٩-٢-٢٥٧، قض ١٨٩٩/٥/١ دالوز ١٨٩٩-١-٥٨٥، ومذكرة المحامي العام دي جاردان وتعليق بلانيول في سيرى ١٨٩٠-١-١٦١ وتعليق إسمان ضد المحكم، قض ١٩٠٠/٥/١٠ وفي الاستئناف برناسون ١٨٩٩/١٢/٢٧ في سيرى ١٩٠١-١-١٦١ وتعليق إسمان ضد المحكم وفي دالوز ١٩٠٣-١-٥٥٣ وتعليق لوبامع المحكم، اكس ١٩٠٣/٣/١٩ دالوز ١٩٠٣-٢-٤٥١، رن ١٩٠٣/٦/١٢ دالوز ١٩٠٥-١-٣٢٢ وتعليق لوباف في المدود الأول، قض ١٩١٦/١١/٢٢ سبى ١٩١٩/١٨-١-١٢١ وتعليق بيرو، لوباف في دالوز ١٩١٠-٢-١٢١ عمود ٢ فقرة ٢، بير جولف تحت قض ١٩٤٧/٥/٨ في دالوز الأسبوعي ١٩٤٨-١٠٩ أنظر ص ١١٠ فقرة ٧، تعليق دالوز على أميان ١٩٠٢/٣/١٢ دالوز ١٩٠٢-٢-٤٩٣ عمود أول، راجع أيضاً الأحكام التي أشرنا

وقد جرى القضاء الفرنسي على الأخذ بهذا الرأي ولو كانت الشهادة مؤيدة لتقرير سبق أن قعمه الطبيب . فقد حصل أن استدعى طبيب للكشف على مريض قرر بعد فحصه ضرورة إرساله إلى إحدى مستشفيات الأمراض العقلية ، وقد اتهم المريض زوجته بتدبير ذلك مع الطبيب ، فلما استدعى الطبيب لتأدية شهادته أمام القضاء ذكر الوقائع التي استند عليها في تقريره ، فعدته المحكمة مفشياً لأسرار مهنته وحكمت عليه بالعقوبة ^(١) .

وإذا لم يكن للطبيب في الأصل أن يفشى سرا من أسرار مهنته أثناء تأديته لواجب الشهادة فقد ثار البحث فيما إذا كان يجوز له أن يفشى السر لإقناع شخص اتهم زورا .

والذي يبدو لنا في هذا الشأن أنه إذا لم تكن مصلحة الغير تبرر كقاعدة عامة إحلال الطبيب من التزامه بالمحافظة على سر المهنة ، فإنه لا يتفق والعدالة أن يلزم بالسكوت لكي يتربك بريثا يكبل بأصفاة الانهمام في الوقت الذي يرتفع فيه الجاني بنعم الحرية . ونحن نعتقد أن الطبيب الذي يفشى سر المهنة في مثل هذه الحالة يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية استنادا إلى حالة الضرورة التي تبرر له الإبداء بما عنده من معلومات في سبيل إقناع برىء من سيف الاتهام للسلط على عنقه ^(٢) .

== إليها في هامش ١ ص ٤٣٩ وأنظر في تطورات القضاء مذكرة الحامي الدامدي جاردان في دالوز ١٨٩٩-١-٥٨٧ .

وإذا كان على الطبيب أن يتنح عن أداء شهادة انصبت على سر من أسرار مهنته فعل العكس لا يجوز له أن ينسك عن أداء الشهادة فيما لا يمس به سر المهنة ، رين ١٢/٦/١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥-٢-٣٧١ وتطبيق لوبا في دالوز ١٩٠٣-١-٥٥٣ راجع ص ٥٥٤ ، هنس جاني ١٨٩٣/٣/١٦ دالوز ١٩٠٤-١-١٣٧ والحكم خاص بدير مستشفى وتحرير المنشار فينلي . (١) إكس ١٩٠٣/٣/١٩ دالوز ١٩٠٣-٢-٤٥١ .

(٢) لاكاس بند ٣٠٥ .

فإن الآراء المتخفة في هذا الموضوع لبارت وبروواردل وغورنييه ودي شامبر في تطبيق دالوز على أميان ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢-٢-٤٩٣ على أن الضرورة تخلص بمقدارها ذلك يتنح الطبيب بالإعفاء من المسؤولية يجب ألا تكون هناك وسيلة أخرى لتبرئة المتهم غير ما أقدم عليه من إنشاء سر المهنة (أنظر كتاب المسؤولية الجنائية للدكتور محمد مصطفي الخليل ص ٤٤٠) .

٦ - أعمال الخبرة :

وإذا لم يكن للأطباء أن يشهدوا شفويًا أمام القضاء عن وقائع تعتبر من أسرار مهنتهم ، إلا أنه من المسلم به أن لهم أن يضمنوا تقريرهم هذه الأسرار إذا انتدبهم المحكمة لعمل من أعمال الخبرة دون أن يقفوا تحت طائلة العقاب وذلك بشرطين :

الأول : أن يقدم التقرير للمحكمة وحدها ^(١) .

الثاني : أن يكون الطبيب الخبير قد عمل داخل الحدود التي رسمتها له المحكمة .
والحكمة في إجازة هذه الحالة أن الخبير كاسنرى في حالات التأمين يستبرئ مثلاً للمحكمة وعمله جزء لا يتجزأ من عملها ، فإذا أفضى بالسرا إلى المحكمة فهو لا يفضى به إلى الغير بل إلى نفسه . وإذا كانت المسئولية عن حفظ سر المهنة قد دعت إليها ضرورة بثث الثقة في نفس المريض لكي يفضى إلى طبيبه بكل المعلومات التي تفيد في علاجه فإن هذه المحكمة متفنية بالنسبة للطبيب الذي تميته المحكمة لفحص المريض ولتقديم تقرير عن حالته ^(٢) .

وقد عرضت حالة من هذا النوع أمام القضاء المصري احتاط فيها الطبيب خشية المسئولية إلى حد جاوز الضرورة ؛ ذلك أنه انتدب لتوقيع الكشف على شيخ مسجود مسن أسهم بالفسق بطفل لم يتجاوز عمره الرابعة عشرة . فلما فحص الطفل وجده خالياً من علامات عنف حول الشرج أو يحسسه كما وجد ملابسه خالية من البقع النورية واتضح له من الكشف على التهم أنه مصاب بسيلان حاد . أعاد

(١) جرينوبل ١٩٠٩/١/٢٩ دالوز ١٩١٠-٢-١٢١ وتطبيق لوبايع الحكم عمود ٢
نقرة ٣ ، لاكاس بند ٢٨٩ و ٣٢٣ .

(٢) جرينوبل ١٩٠٩/١/٢٩ دالوز ١٩١٠-٢-١٢١ وتطبيق لوبا ، جالرو ج ٦
ص ٨٧ ؟؟ مازوف دالوز ١٩٢٧-١-١٨٥ عمود ٢ في الآخر ، جارسون م ٣٧٨ نقرة
١١٤ ، روفى سيري ١٩١٤-١-١٦٩ خاصة الفقرة الأخيرة من المود الأول ص ١٧١ ،
لاكاس بند ٢٨٩ و ٣٢٣ .

الكشف عليهما بعد أسبوع فكانت النتيجة كالآولى . فإذا يفضل . إن في ذكر مرض السيلان سبباً لتبرئة الشيخ ولكنه قد يؤدى إلى رفته وظن الطبيب أنه يتعرض بذلك للمسئولية عن إفشاء سر اللثة . ومن ناحية أخرى ، إن إغفال هذه الواقعة قد يكون من شأنه تضليل المحكمة والحكم بالإدانة على شيخ المسجد . خرج الطبيب من هذا للأزق بأن ذكر أن التهم مصاب بالتهاب فى مجرى البول يصدى بالملامسة وأن القلام الجنى عليه لم تنتقل إليه العدوى بهذا المرض . ونحن نعتقد أن الطبيب — على الرغم من هذا التحفظ — يعتبر قد أباح بسر من أسرار مهنته إلا أن الإباحة جائزة حتى إذا ذكر مرض الشيخ الحقيقى لأنه يعتبر كما قلنا ممثلاً للمحكمة طالما أنه لم يخرج عن الحدود التى رسمتها له^(١) .

٧ — سر المهنة وعقود التأمين على الحياة :

عند ما يقدم طلب لإحدى شركات التأمين على الحياة لا بيت فيه إلا بعد إجراء كشف طبي دقيق على الطالب بمعرفة الطبيب الذى تنتدبه الشركة ، وعلى ضوء التقرير الذى يقدمه يصدر قرار الشركة بقبول الطلب أو رفضه . والطبيب المكشوف فى هذه الحالة لا يعتبر وسيطاً بين الطالب والشركة وإنما يعتبر ممثلاً للشركة ويعتبر عمله جزءاً من عملها ، ويستتبع ذلك أن تقديم التقرير الطبي إلى الشركة لا يعتبر منه إفشاء لسر من أسرار مهنته^(٢) . على أنه لا يجوز للطبيب أن يذكر للتير شيئاً مما تضمنه التقرير المقدم ولو كان ذلك التير من الورثة^(٣) .

وقد يتخذ الأمر فى حالة ما إذا كان الطبيب قد سبق له العلم بوجود مرض

(١) محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٧٦ .

(٢) لوبا فى تطبيقه على رن ١٩٠٣/٦/١٢ دالوز ١٩٠٥-٢-٢٢٣ عمود أول نفرة أخيرة ، ج ٦ ص ٨٩ ، لاكس بند ٣٧٤ .

(٣) لوبا المرجع السابق ص ٣٧٣ عمود ٢ نفرة أولى ، محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٧١ ، مانس ص ٣٠٦ ، بجل ص ١٧٥ ، يزانسون ١٨٩٩/٦/٧ سيري ١٩٠١-٢-١٠٩ .

لدى طالب التأمين ولكنه لم يترك علامات تدل عليه فهل يجوز له أن يذكر وجود هذا المرض في تقريره .

يبدو لنا أنه إذا ضل ذلك فإنه يقع تحت طائلة العقاب باعتباره قد أفتى سراً اتّهم عليه بوصفه طبيباً معالجاً، ولذلك نرى من الأصوب أن يستدر الطبيب عن فحص المريض لسابق علمه بحالته المرضية^(١) .

وليس للطبيب الذي يستدعي للكشف على جثة ، أن يعطى شهادة بنتيجة الفحص لشركة التأمين وإن كان له أن يعطيها للورثة^(٢) .

ويقس بعضهم على حالات التأمين تقرير الطبيب المتقدم في حوادث العمل إذا أُعِد إليه رب العمل بذلك^(٣) وتقرير الطبيب عن لياقة موظف للخدمة إذا عُدت إليه الحكومة بذلك^(٤) وتقرير طبيب المدرسة الذي يقدمه بعد الكشف على أحد الطلبة ، ففي كل هذه الحالات لا يبيح الطبيب سراً لأنه لا يقوم بالفحص بوصفه طبيباً معالجاً بل بوصفه ممثلاً للجهة التي طلبت إليه إجراء الفحص . ولا التزام على الطبيب بحفظ سر المهنة في علاجه للمؤمن أو العامل إذا كان مكلفاً بذلك من شركة التأمين أو رب العمل ، فالمرضى يتنازله عن الحق في اختيار طبيبهم يقبل ضمناً أن ترفع نتيجة الفحص والملاج إلى رب العمل أو شركة التأمين^(٥) .

(١) محمود محمود مصطفي المرجع السابق ص ٦٧١ ، لاكاس بند ٣٢٣ ، يتل ص ١٧٥ .
قرب جارسون ص ٣٧٨قرة ١١٥ وقد أوجب على الطبيب أن يستدر عن مهمة الجثة إذا اتّهمته المحكمة لتعريض مريض سبق له أن عالجه ، ولوبا في دالوز ١٩١٠-٢-١٧١ عمود ٢قرة أخيرة وما بعدها .

(٢) رين ١٨٩٩/٤/٢٢ سري ١٨٩٩-١٩٠١-٢-١٠٨ .

(٣) قطن ١٩١٣/٥/٩ سري ١٩١٤-١-١٦٩ وتطبيق رو .

(٤) قطن عراض ١٩١٤/١/١٩ دالوز ١٩١٤-١-٥٨ والتعليق ، وقد جاء في كتابه الطب الشرعي في مصر أن الطبيب إذا دعي للكشف على ضابط بحري أو سائق قطار فوجده مصاباً بالصرع أو أعمى الألوان كان له بل عليه أن يخبر بذلك الجهة التي طلبت إليه الكشف .

(٥) لاكاس بند ٢٩٠ و ٣٢٨ ، ليون ١٩٠٩/٦/١٦ دالوز ١٩١٠-٢-١٧٣ .

وظارن التعليق في السود الثاني من ص ١٢٣ إذ جاء فيه أن الطبيب هنا له صفتان فهو طبيب =

٨ - التبليغ عن الجرائم :

نصت المادة ٧ من قانون تحقيق الجنايات على أن « كل من عاين وقوع جناية تخل بالأمن العام أو يترتب عليها تلف حياة إنسان أو ضرر للملكة يجب عليه أن يخبر النيابة أو أحد مأموري الضبطية القضائية . . . »

ولكن المادة ٣٠٥ من قانون المرافعات أوردت قيداً على هذا النص العام إذ قررت أن « كل من علم من الأفوكاتية أو الوكلاء أو غيرهم بواسطة صنيعة أو حرفته بأمر ما أو بتوضيحات عن ذلك الأمر لا يجوز له في أى حال من الأحوال الإخبار بذلك الأمر ولا بالتوضيحات ولو بعد انتهاء خدمته أو أعمال صنيعة ما لم يكن الغرض من تبليغ ذلك إليه ارتكاب جناية أو جنحة » .

ويستفاد من هذا النص أن الطبيب له أن يبلغ الجهة المختصة عن التصميمات على ارتكاب الجرائم بقصد المساعدة على منعها كما لو جاءت امرأة لتسترد برأيه في إسقاط حمل ، ولكن لا يجوز له أن يبلغ عن الجريمة متى وقت ^(١) .

والعمل في إنجلترا على عكس هذا الوضع فيباح للطبيب أن يبلغ عن الجرائم التي يكتشفها أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته دون أن يكون ملزماً بالتبليغ إذا لم يعد الأمر مجرد التصميم عليها أو العزم على ارتكابها . ومن القضايا الشهيرة في إنجلترا قضية مدام ريتشاردس قد حصل أن اكتشف الدكتور باترسن المالج لها أنها تسامت بفعل فاعل ولكنه لم يبلغ الأمر للنيابة . وقد ذكر القاضي في حكمه أن

== « ما لي بالنسبة للعامل وخير بالنسبة لرب العمل ، وهو بصفته الأولي يتمر بالمحافظة على سر المهنة ولا يمكن أن يني من هذا الالتزام بدعوى أن العامل إذ يمرض نفسه عليه يكون قد تنازل ضمناً عن حقه في أن يحافظ الطبيب على سر المهنة إذ أننا بذلك نحمل لإرادته أكثر مما نحتمل .

وقارن أيضاً مجلس الفولة ١٩٢٨/١١/٩ دالوز ١٩٢٩ - ٣ - ٢٦ وهربر كوميسير المحكومة ، وفوجير ١٨٩٨/٦/٢٩ - سيري ١٩٠١ - ٢ - ١٠٨ تحت رين ١٨٩٩/٥/٢٢ .
(١) وفي فرنسا أيضاً لا يجوز للطبيب أن يبلغ عن جريمة اكتشفها أثناء أو بمناسبة مزاولته لمهنته ولا استعق عليه العقاب باعتباره قذائفاً سراً من أسرار مهنته ، جازو ج ٢٤ ١٩٣٥ ، جارسون ٣٧٨ مقرة ٧٠ و ١١٣ .

قانون لاكاس بند ٣٠٣ .

الدكتور باترسن ظن أن حفظ سر كهذا يتفق وواجهه كطبيب ومواطن ولكنه
مخطئ في ذلك كل الخطأ^(١).

على أنه مادام الالتزام بالمحافظة على سر المهنة وضع لمصلحة المريض فطبيب
أن يكشف عن الجرائم التي ارتكبت^(٢) ضد المريض نفسه كما لو عذب طفل
أو هتك عرضه^(٣).

٩ — التبليغ عن الواليد والوفيات

توجب المادة ١٢ من القانون رقم ١٣٠ سنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد والوفيات
— على الأطباء والقوابل عند انعدام الآباء والأقرباء الراشدين من حضروا
الولادة والقاطنين مع الوالدة — أن يبلغوا مكاتب الصحة عن ولادة من
حضروا ولادتهم.

وتوجب المادة ١٨ على الأطباء والمندوبين الصحيين أن يبلغوا عن الوفيات
التي اثبتت بمعرفتهم في حالة عدم وجود أحد من الفئات الآتية :
١ — من حضر الوفاة من أقارب وأهل المتوفى البالغين ذكورا كانوا
أو إناثا .

٢ — من يقطن من الأشخاص البالغين مع المتوفى في سكن واحد ذكورا
كانوا أو إناثا .

٣ — صاحب المحل أو مديره أو الشخص القائم بإدارته إذا حدثت الوفاة
في مستشفى أو محل معد للمريض أو ملجأ أو فندق أو مدرسة أو سجن أو أى
محل آخر .

(١) الطب الشرعى في مصر ص ٤٢٦؛ قلا عن محمود محمود مصطفى ص ٦٧٩ .
(٢) جازو ج٦ بند ٢٣٥٤ هامش ص ٤١ ص ٨٤، لاكس ٣٠٣ و ٣٠٤، رين ١٢ يونيو
سنة ١٩٠٣ جازيت باليه ١٩٠٤ — ١ — ٣٧ .
(٣) قانون مع ذلك نفس ٨ مايو سنة ١٩٤٧ دالوز الأسبوعى ١٩٤٨ — ١٠٩ .

وفي حالة الاشتباه وأسباب الوفاة يجب على الأطباء أن يبلغوا النيابة (٢٥م) ،
والتبليغ في هذه الحالة واجب تفرضه اللوائح للمصلحة العامة ولا يترتب على القيام
به تطبيق المادة ٣١٠ ع ولكن يجب أن يقتصر التبليغ على إخطار الجهة المختصة،
فإذا أذيع السر لشخص آخر استحق الطبيب العقاب ^(٢٦).

وقد أخذت النصوص الخاصة بالتبليغ عن المواليد من القانون المدني الفرنسي
وقد تضمنت المادة ٣٤٦ ع ف عقوبة من يخالف أحكام المادتين ٥٥ و ٥٦ م .

والنصوص المصرية أفضل في تحريرها من النصوص الفرنسية . ويظهر أن
السبب في ذلك يرجع إلى ما أثارته تلك النصوص من شكوى الأطباء الفرنسيين،
فالنصوص الفرنسية تلزم الأطباء بالتبليغ عند انعدام الأب بينما لا يأتي التزام الأطباء في
مصر إلا في المرتبة الرابعة . وعلى الرغم من احتجاجات الأطباء المتكررة في فرنسا من
أن هذه النصوص تقضي بإفشاء جزء من أسرارهم فإن القضاء الفرنسي لا يتهاون في تطبيقها،
فقضى مثلاً بأن وفاة الطفل أثناء الولادة لا يعفى الطبيب من واجب التبليغ ^(٢٧) .

كذلك الحال إذا قتلت الوالدة ابنها بمجرد ولادته ، لا يحق للطبيب أن يستند
إلى الالتزام بحفظ سر المهنة لكي يبرر عدم تبليغه عن الولادة التي باشراها ^(٢٨) .
على أنه للتوفيق بين التزام الطبيب بحفظ سر المهنة والتزامه بالتبليغ عن المواليد،
ذهبت المحاكم في تفسير نص المادة ٣٤٦ ع إلى أنها لا تشير إلى المادة ٥٧ التي تعدد
البيانات التي يجب أن يشملها التبليغ ، ومن ثم تبقى هذه المادة بنبر جزاء جنائي ،
ويبرأ الطبيب من المسؤولية إذا اقتصر على التبليغ عن ميلاد الطفل دون أن يذكر
اسم والديه ^(٢٩) بل إنه يعتبر مفسياً لسر المهنة إذا ذكر اسم الوالدة في ظروف كانت
تحتم عليه الكتمان ^(٣٠) .

(١) جارسون ٣٧٨م فقرة ١٢٨ .

(٢) نفس ١٨٤٤/٨/٢ سيري ١٨٤٤-١-٦٧١ .

(٣) فيزول ١٩٢٠/١/٢٢ دالوز ١٩٢٠-٢-١٥١ .

(٤) نفس ١٨٤٣/٩/١٦ سيري ١٨٤٣-١-٤٣ ، نفس ١٨٤٤/٦/١ سيري ١٨٤٤-٤٤-٤٤ .

(٥) نفس ١٨٤٥/٨/١ سيري ١٨٤٥-١-٨٤٠ .

(٥) كلمة المحل سفايحاً راجع جارسون ٣٧٨م فقرة ١٢٦ .

وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية الطفل في حكم لما بأنه ما يولد بعد ١٨٠ يوماً على الأقل خصماً جاء في المادة ٣١٢ م، أما من يولد قبل ذلك فلا محل للتبليغ عن ولادته ما دام لا يعتبر طفلاً^(١). ووجود الأب غير الشرعي وقت الولادة لا يفي الطبيب من الالتزام بالتبليغ إذ أن القانون قصد بالأب، الأب الشرعي أى بمقتضى عقد الزواج بغض النظر عن الحقيقة، ولا يفي الطبيب من المسؤولية إذا باشر مقدمات الوضع ولم ير الطفل بأن وضعت المرأة في غيبته^(٢).

١٠ - التبليغ عن الأمراض المعدية:

أوجبت المادة ٢ من القانون رقم ١٥ سنة ١٩١٢ على الأطباء أن يخطرأ مكتب الصحة عن الأمراض المعدية التي يشاهدونها^٣ ويقابل هذا القانون في فرنسا قانون ٣ مارس سنة ١٨٢٢، ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ و ١٥ فبراير سنة ١٩٠٢، وهي توجب على كل شخص أن يبلغ عن الأمراض المعدية التي يترقب بها وتعرض على عدم التبليغ عقوبة تشدد إذا كان الخالف طبيباً. فإذا بلغ الطبيب في هذه الحالة فلا عقوبة عليه وإن كان يفشى بذلك سراً ما دام التبليغ قد حصل الجهة المختصة وحدها وفي حدود الالتزام بالتبليغ. وقد أثارت هذه النصوص بذورها سخط الأطباء في فرنسا لما تستتبعه من اتخاذ الإدارة لإجراءات صحية يتأذى منها المرضى والأطباء تبعاً لذلك.

(١) تحت ١٧/٨/١٨٧٤ مذكور في محمود محمود مصنف في المراجع السابق من ٦٨٠.
(٢) جليل من ٢٢٧ و ٢٢٨ م وفيقول: ١/٢/١٩٢٠ دالوز ١٩٢٠ ج ٢ - ١٠١.
(٣) (أ ب) ٢٩

خاتمة

تقدير القواعد الحالية لمسئولية الأطباء والجراحين المدنية

هذه هي قواعد المسئولية الطبية ، ومنها نرى بوضوح أن القضاء سعى إلى هدف واحد لم يعد عنه طوال التطور الذى لابس أحكام تلك المسئولية ، فلقد كان رائده دائماً إيجاد الوسيلة القانونية وتبسيط المخلص الفنى للخروج بالمسئولية الطبية عن حكم القواعد العامة ، يحدوه فى ذلك شعور عميق بأن كاهل الأطباء متقل بأعباء مهنتهم وأن تهديدهم بمسئولية مرهقة تعلق فوق رقابهم كيف داموكليس من شأنه أن يسىء إليهم بل وإلى المجتمع كله أكبر إساءة . وإذا كانت نظرية تحمل التبعة قد اقتضت دائرة المسئولية فطوت إلى جانبها نظرية الخطأ فى كثير من الأحوال فإن المحاكم ظلت حريصة على أن تستعمل لفظ الخطأ الواضح فى كثير من أحكامها حتى تبرز الناحية الشخصية فى المسئولية الطبية على وجه لا يترك مجالاً لتطبيق نظرية تحمل التبعة .

ولم يقتصر دور القضاء فى هذه المسألة كما رأينا على تفسير النصوص بل تعداه إلى دور الإنشاء ، فحقق بذلك إيجاد قواعد مهنية لها من مرونتها ما يكفل التوفيق بين مصلحتين — لا تعارض بينهما فى الواقع بل هما متضامتان — مصلحة الطبيب ومصلحة المريض ، فإتقال كاهل الطبيب بالمسئولية يشل نشاطه فى العلاج ويقضى على روح الابتكار عنده ، تلك الروح التى أسدت للانسانية أجل الخدمات ، كما أن إعفائه من تبعة قصيره يفتح الباب للإهمال واستهتاره ويفقد المريض ثقته فى المهنة الطبية ويضع من مستواها .

وإذا جاز لنا أن نستوحى من قضاء المحاكم مبدأ عاماً قد يصبح فى التدرج كناً فى النظام المدنى ، فإننا نستطيع أن نقول بغير حرج إن مبدأ المساواة الذى كان يعتبر تراث الثورة الفرنسية وضمان الحرية المكفولة للجميع قد أخذ يتصدع بما جد

من اختلاف النظر في فكرة المساواة وظهور القواعد المهنية التي أدخلت في المسؤولية عناصر التقدير الشخصي مراعاة لطبيعة المهنة التي يزاولها الشخص والصوالح التي تتعلق بها النزاع .

وإنه ليدھشنا — في إيماننا بخضوع القانون لقاعدة التقدم — كيف أغضى القانون المدني الحديث ، على ضخامة حجمه وكثرة مواده ، عن الاستجابة لنداء الحوادث ، وكيف أنه يمد أن أدخل في التشريع المصري مبدأ المسؤولية عن الأشياء الجامدة لم ينبه إلى خطورة تطبيق هذا المبدأ على الأطباء ، ولم يستشر الخرج في تقرير قاعدة عامة طالما عبرت المحاكم في فرنسا عما بينها وبين مسؤولية الأطباء من غور . ولكن التطور أقوى من البشر ولن يقف القضاء جامداً أمام النصوص فيها تمسك المشرع بوضع قواعد مجردة للمسؤولية فإن الحوادث ستقذف بها من حائق في التيار المتدفق لنهر الحياة لتحقيق بذلك ما قاله ديموج^(١) من أن القانون التمشي مع حالة المجتمع يعمل حساباً ليعطى لكل ما يناسبه بحسب ثروته ومهنته ، قانون المهن سوف يعمل بقياس كل منها وبما يتناسب مع مقتضيات التوفيق بينها في الاقتصاد القومي ، ولقد صدق رينارد حيث قال إن مستقبل علم القانون يتجه نحو التخصص المطرد^(٢) .

1— Demogue. Les notions fondamentales du droit privé. P 160.

2— Renard. Le droit, l'ordre et la raison. P 414.

فهرس

مقدمة

قضية المسئولية باعتبارها نقطة الارتكاز من القانون المدني ومدى إثارها
باعتبارات المهنة ١

القسم الاول

طبيعة المسئولية وأركانها

طبيعة المسئولية الطبية

- ١٣ تقسيم المسئولية إلى عقدية وتقصيرية
- ١٥ أهمية هذا التقسيم
- ٣٢ تطور القضاء الفرنسي
- ٣٤ حكم محكمة النقض المصرية
- تعليل حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ الذى يعتبر مسئولية الطبيب عقدية ٤١
- حجج انصار المسئولية التقصيرية والرد عليها ٤٦
- ١ - كون المسئولية الطبية ذات صفة قنية ٤٦
- ٢ - كون كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب المسئولية التقصيرية ٥٤
- ٣ - فكرة النظام العام ٥٦
- تأييد ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ٦٤
- شروط اعتبار مسئولية الطبيب عقدية ٦٤
- أولاً - يجب أن يكون الخي عليه هو المريض ٦٥
- ثانياً - يجب أن يكون هناك عقد ٦٥
- ١ - حالة ما إذا كان المريض قد اختار طبيبه ٦٥
- ٢ - حالة تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض ٦٧
- أ - حالة تدخل الطبيب من تلقاء نفسه أو بدعوة من غير ذي صفة ٦٨
- ب - حالة الطبيب المين من قبل مستشفى أو صاحب مشروع خاص ٧٣
- ج - حالة الطبيب الذى يعمل بمستشفى عام ٧٥
- ثالثاً - يجب أن يكون الدحد صحيحاً ٧٩

مضمة

- رابعا — يجب أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب نتيجة لصمم تنفيذ التزام
 ٨١ ناشئ عن عقد العلاج
 ٨٢ خامسا — يجب أن يكون للدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد
 ٨٢ أولا — إذا كان الذي اختار الطبيب هو المريض أو من يتوب عنه قانونا
 ٨٢ الفرض الأول — إذا كان من رفع الدعوى من غير الورثة
 ٨٥ الفرض الثاني — إذا كان من رفع الدعوى من الورثة
 ٨٩ ثانيا — إذا كان الذي عقد العقد غير المريض ولا يمثله لأقاربنا ولا أخاها
 ٩٠ المشاكل التي أثارها حكم محكمة النقض الفرنسية
 ٩٠ أولا — تكيف عقد العلاج
 ٩٠ ثانيا — نظرية الجرم أو الخيرة
 ١٠٠ ضمير بران لقضاء المحاكم في حالة الخطأ المهني
 ١٠٤ حكم محكمة النقض الفرنسية بالأخذ بنظرية الجرم في حالة المسؤولية الطبية
 ١٠٧ اعتماد هذا الحكم وعدول محكمة النقض عن رأيها
 ١٠٨
- أركان المسؤولية الطبية :

- أولا — ركن الخطأ
 ١١١ تعريف الخطأ الطبي
 ١١٨ معيار العناية التي تتطلب من الطبيب في القيام بالتزاماته
 ١١٩ ترجيح الأخذ بالمعيار المأخوذ مع مراعاة الظروف الخارجية والمستوى المهني
 ١٢٤ فكرة الخطأ الجرم والمسؤولية الطبية
 ١٣٣ التمييز بين الخطأ اللادى والخطأ المهني واشتراط الخطأ الجرم في النوع الثاني من
 ١٣٤ الخطأ
 ١٤٠ الرأي الصحيح في الموضوع
 ١٤٠ تعميم فكرة الخطأ الجرم وبيان أن تدرج الخطأ لا يمدو أن يكون فكرة
 ١٤٥ أخلاقية لا يصح أن يتخذ منها معيار في دائرة المسؤولية
 ١٤٦ النظرية التقليدية
 ١٤٦ نظرية جوسبران
 ١٥٠ نظرية إيمان
 ١٥١ نظرية فولزنيه
 ١٥٩ وجوب استبعاد فكرة الخطأ الجرم من قائمة البعث القانوني
 ١٦١ أثر ذلك في عقد العلاج بالجراح
 ١٦١ وجوب مراعاة ضيقة التزامات الطبيب ومعاها — وعلى ذلك مع ظهور فكرة
 ١٦٤ المسؤولية المهنية
 ١٦٦ تحليل قضاء المحاكم التي تشير إلى فكرة الخطأ الجرم
 ١٧٤ وحدة الخطأ المدني والجناي

صفحة

١٨٤	ثانياً — ركن الضرر
١٨٨	ثالثاً — رابطة السببية
١٨٩	من تعتبر متوافرة ... تشعب العوامل التي تؤثر في سير المرض ونتيجة العلاج
١٩٥	تستمد بعض المحاكم في تحديد علاقة السببية
	تطبيق على هذا القضاء — علاقة السببية تتوافر متى كان خطأ الطبيب قد فوت على
١٩٦	المريض فرصة حقيقية لشفاء
١٩٨	تساهل بعض المحاكم في الربط بين الخطأ والضرر
١٩٩	انتقاد هذا القضاء
٢٠٠	الضرر غير المباشر لا يناقى قيام رابطة السببية
٢٠١	تعدد الأسباب — وأثره فيما يلزم به الطبيب من تعويض
	أولاً — حالة إذا ما كان الضرر الذي أصاب المريض يرجع إلى خطأ الطبيب
٢٠٢	ولم خطأ من الغير
	ثانياً — حالة ما إذا كانت العوامل التي اشتركت في إحداث الضرر يرجع بعضها
٢٠٤	إلى فعل المريض
٢٠٥	١ — جب أحد الخطأين للآخر
٢٠٦	أ — الخطأ المسمى
٢٠٦	ب — رضاه المجني عليه
٢٠٨	٢ — حالة ارتباط خطأ المريض بخطأ الطبيب
٢٠٩	مدى الاحتجاج على الورثة بخطأ المريض
	ثالثاً — حالة ما إذا ساءم مع خطأ الطبيب عامل غير منسوب إليه ولا إلى غيره
٢١١	من الناس
٢١٢	الاستعانة بأهل الخبرة في دراسة القضايا الطبية

القسم الثاني

مدى المسؤولية الطبية

٢٢٤	إلزامات الطبيب ومداها
٢٢٤	الالتزام بالسلمة
٢٢٥	الطبيب لا يلتزم في الأصل بتجنية ما
٢٣٠	عبارة محكمة النقض الفرنسية في تحديد العناية المطلوبة من الطبيب
٢٣١	بيان التزامات الأطباء وتطور القضاء في فهمها
٢٤١	مراحل العلاقة بين الطبيب والمريض

صفحة

٢٤١	١ — دعوة الطبيب
	المشولة عن رفض العلاج
٢٤٣	نظرية الوظيفة الاجتماعية
٢٤٥	نظرية الإيجاب الصادر للجمهور
٢٤٥	نظرية الاحتكار
٢٤٦	نظرية الخطأ السلبى
٢٥٣	رأى القضاء فى الموضوع
٢٥٦	٢ — مرحلة التشخيص
٢٥٦	أولاً : الإعمال فى التشخيص
٢٦٢	ثانياً : التلطف العلمى
٢٧٠	٣ — مرحلة اختيار العلاج
٢٧٠	الاعتبارات الواجب مراعاتها فى اختيار العلاج
٢٧٢	وصف العلاج للمريض وتنبهه لى مخاطره
٢٧٣	الموازنة بين أخطار المرض وأخطار العلاج
٢٧٥	أمثلة لبعض الوسائل العلاجية
٢٨٦	التجارب الطبية
٢٩٢	جراحة التجميل
٣٠٤	رضاء المريض بالعلاج
٣٠٦	أولاً : إذا كان المريض فى حالة تسمح له بإعطاء رضاء صحيح
٣٠٨	أر عدم أخذ رضاء المريض بالعلاج
٣١٣	شروط الرضاء
	ثانياً : إذا كان المريض فى حالة لا تسمح له بالإعراب عن رضائه بالعلاج وكانت
٣٢١	هناك ضرورة تدعو لى سرعة القيام به
٣٢٣	إثبات رضاء المريض بالعلاج
٣٢٥	٤ — مباشرة العلاج
٣٢٦	يسأل الطبيب عن كل إعمال أو جهل بأصول الفن
٣٢٦	أمثلة لبعض الاجباطات التى يصح على الطبيب مراعاتها أثناء مباشرة العلاج
٣٣٠	العلاج بالأشعة
٣٣٣	العلاج الجراحى
٣٣٤	استعمال البنج
٣٤٧	مسئولية الطبيب عن الآلات المستعملة

مدى تطبيق المادة ١٧٨/١٣٨٤قرة أولى على الأطباء .

- ٣٤٩ تحليل القضاء الفرنسي
٣٥٢ بيان الاعتبارات التي استندت إليها المحاكم في استبعاد تطبيق المادة ١/١٣٨٤
٣٥٦ من يحصل عبء الإثبات
٣٥٨ مسؤولية الأطباء عن فعل المساعدين
في غير حالة الخطأ الشخصي غرق بين حالتين :
أولاً : إذا كان الطبيب يعمل لحسابه
٣٦٠
ثانياً : إذا كان الطبيب يعمل في إحدى المستشفيات
٣٦٤
الفرقة بين المستشفيات العامة والمستشفيات الخاصة
٣٦٤
علاقة الطبيب بغيره من الأطباء العاملين
٣٦٦
تنازل الطبيب عن عيادته لطبيب آخر
٣٦٨
٥ — متى تنتهى التزامات الطبيب قبل المريض ٣٧١

مسئولية الأطباء

الذين يشتغلون في المستشفيات وأثرها في

مسئولية المستشفيات ذاتها

- ٣٧٦ أحكام المسؤولية في حالة المستشفيات الخاصة
الفرقة بين العمل الفني والعمل غير الفني وأثرها في تقدير رابطة التبعية بين
٣٧٦ الطبيب والمستشفى
٣٨٢ انعقاد هذه الفرقة ووضع المسألة على أساسها الصحيح
بيان أن الأصل أن مسؤولية المستشفى عن فعل الأطباء عقدية فلا محل للبحث عن
٣٨٢ علاقة التبعية
٣٨٤ الطبيب يعتبر تابعا للمستشفى فيها وراه الدائرة القدية حتى فيما يعتبر من صميم فنه
تحليل القضاء الفرنسي وبيان أن بحثه عن توافر رابطة التبعية في الدائرة الفنية
كان في الغالب خطأ أو تزيها
٣٨٧
قضاء محكمة النقض المصرية — إقرار التبعية
٣٨٩
هل يشترط قيام مسؤولية المستشفى أن يثبت خطأ شخصي على الطبيب
٣٨٩
وهل تجتمع صفة التبعية والحراسة
٣٩٢
أحكام المسؤولية في حالة المستشفيات العامة
٣٩٤
نكيف العلاقة بين المريض والمستشفى
٣٩٥
اعتبار مسؤولية المستشفى العام تمهيدية
٤٠٠

- تحليل علاقة الطبيب بالدولة أو بالنصص المتوى العام الذى يتبع له المستشفى والقول
بأنه يسأل عن أفعاله مسئولية مباشرة ٤٠٠
النتائج السلبية لهذا التكليف ٤٠٦

الشهادات الطبية

- واجبات الطبيب فى تحرير الشهادة ٤١٠
التحقق من صفة من يطلب الشهادة ٤١١
الناية بتفخيص الحالة ٤١٢
الاستناد إلى السوابق الوراثية بشرط عدم المساس بالخير إلا للضرورة ٤١٤

المسئولية عن إفشاء سر المهنة

- لمسكة فى التزام الطبيب بحفظ سر المهنة ٤١٦
أركان المسئولية عن إفشاء سر المهنة ٤١٧
١ - سر المهنة الطبية ٤١٧
٢ - صفة من أؤتمن على السر ٤٢٢
٣ - إفشاء السر ٤٢٣
٤ - القصد الجنائى ٤٢٥
مهربات الإفشاء ٤٢٧
١ - رضا صاحب السر ٤٢٧
٢ - إفشاء السر لمصلحة المريض نفسه ٤٣٠
٣ - إفشاء السر لمصلحة الطبيب ٤٣١
٤ - إباحة السر فى حالات الضرورة ٤٣٣
٥ - أداء الشهادة أمام القضاء ٤٣٨
٦ - أعمال المجرة ٤٤٣
٧ - سر المهنة وعقود التأمين على الحياة ٤٤٤
٨ - التبليغ عن الجرائم ٤٤٦
٩ - التبليغ عن المواليد والوفيات ٤٤٧
١٠ - التبليغ عن الأمراض المعدية ٤٤٩
خاتمة ٤٥٠

المراجع العربية

- أحمد أمين — شرح قانون العقوبات لأهل — القسم الخامس .
جندى عبد الملك — الموسوعة الجنائية ج ٥ .
حامد فهمى باشا والذكتور محمد حامد فهمى — التنض في المواد المدنية والتجارية .
دكتور حتمت أبو ستيت — نظرية الالتزام في القانون المدنى المصرى .
دكتور سليمان مرقس — نظرية دفع المسؤولية المدنية (رسالة دكتوراه) .
— مسؤولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى — مجلة القانون والاقتصاد س ٧
س ١٥٥ .
— تعليقات على الأحكام في المواد المدنية ، مجلة القانون والاقتصاد س ٧ ص ٤٣٣٩ .
— مسؤولية الطبيب الاخصائى وكيفية تقدير خطئه ، مجلة القانون والاقتصاد س ٧
س ٦٤٥ .
— في تعيين مدى مسؤولية السيد عن فعل تابعه ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٢
س ١٥٥ .
— مسؤولية المتووع بوجه عام ومسئولية التتووع المرضى بوجه خاص ، مجلة القانون
والاقتصاد س ١٥ ص ٥٤٥ .
— تعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٧ ص
٤٤٢٤٥ .
دكتور عبد الرازق أحمد السهورى — نظرية العقد .
— الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصرى .
دكتور على بدوى
دكتور عبد المصطفى خيال — محاضراته غير المطبوعة في الالتزامات .
دكتور محمد مصطفى القلى — في المسؤولية الجنائية .
— تعليقات على الأحكام في المواد الجنائية مجلة القانون والاقتصاد س ٢ ص ٣١٩ .
دكتور محمد طهى نهجت بدوى — أصول الالتزامات ج ١ .
دكتور محمد كامل مرسى ودكتور السيد مصطفى السيد ، شرح قانون العقوبات المصرى
الجديد .
دكتور محمود محمود مصطفى — مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أنقى سرا من أسرار مهنته —
مجلة القانون والاقتصاد س ١١ ص ٦٥٥ .
— مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٨ ص ٢٧٩ .
دكتور ودنح فرج — مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية — مجلة القانون والاقتصاد س ١٢
س ٣٨١ .
— الانجازات الحديثة في العقد والمسئولية الجنائية — مجلة القانون والاقتصاد س ١٥
س ١٠٩ .
— اتفاقات الإعفاء من المسؤولية — محاضرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه .
— المسؤولية المهنية — محاضرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه .

BIBLIOGRAPHIE

- Appleton et Salama.** — Droit médical.
- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français.
- Balthazard.** — Précis de médecine légale.
- Bandry - La cantinerie et Barde.** — Traité théorique et pratique de droit civil.
- Beudant.** — Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes.
- Beudant.** — Cours de droit civil français.
- Briand et Chaudé.** — Manuel complet de médecine légale, 1898.
- Brouardel.** — Le secret médical.
— La responsabilité médicale.
- Chauveau et Hélie.** — Théorie du Code pénal.
- Colin et Capitant.** — Cours élémentaire de droit civil français 7e et 8 éd.
- Demante et Colmet de Santerre.** — Cours de droit civil.
- Demogue.** — Traité des obligations en général.
- Demolombe.** — Cours de Code Napoléon.
— Traité des contrats.
- Garçon.** — Code pénal annoté.
- Garraud.** — Traité théorique et pratique de droit pénal français.
- Gardenat et Salmon - Ricci.** — De la responsabilité civile.
- Gény.** — Des droits sur les lettres missives.
- Guillemaud.** — Droit civil.
— Traité du louage.
- Huc.** — Commentaire théorique et pratique du Code civil.
- Jousserand.** — Cours de droit civil positif français.
— Préface à l'ouvrage de M. Brun; Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle. Thèse 1931.
— Les transports. 2ème éd.
- Laccassagne.** — Précis de médecine légale.
— De la responsabilité médicale.
- Labon.** — La responsabilité civile.
- Larombière.** — Théorie et pratique des obligations.
- Laurent.** — Principes de droit civil français Tome XX.
- Mazeaud.** — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle.

- Mateau.** — Du secret professionnel.
- Perraud - Charmantier.** — Le secret professionnel, ses limites, ses abus.
- Perreau.** — Eléments de jurisprudence médicale.
- Peytel.** — La responsabilité médicale.
- Planiol.** — Traité élémentaire de droit civil.
- Planiol et Ripert.** — Traité pratique de droit civil français. T. VI par Esmein. T. VII par Esmein. Radouant et Gabolde.
- Pommerel.** — La responsabilité médicale devant les tribunaux.
- Ripert.** — La règle morale dans les obligations civiles.
— Le régime démocratique et le droit civil moderne.
— Ebauche d'un droit civil professionnel — dans les "Etudes à la mémoire d'Henri Capitant", P. 677 et s.
- Sourdat.** — Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats.
- Savatier.** — Traité de la responsabilité civile.

THÈSES

- Abel.** — La responsabilité des médecins. Thèse 1939.
- Balmay.** — La responsabilité médicale et le secret professionnel. 1909.
- Bertrand.** — Le préposé moderne (l'idée de représentation dans l'art. 1384 paragraphe 5 nouveau Code civil). Thèse 1935.
- Besson (A.).** — La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses. Thèse 1927.
- Bettremieux (P.).** — Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français. Thèse 1921.
- Bodelet.** — Le risque accepté en droit pénal français contemporain. 1932.
- Bru (G.).** — La responsabilité civile des médecins. 1911.
- Brun (A.).** — Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle. 1931.
- Camermann (m.).** — La responsabilité civile des médecins. Thèse 1932.
- Dallant (R.).** — La notion de préposé dans l'article 1384 du Code civil. 1927.

- Dislaire.** — La responsabilité civile des médecins 1901.
- Duflo (G).** — La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente. 1937.
- Durand (P.J.).** — Des conventions d'irresponsabilité. Préface Ripert. 1931.
- Emile Arrichi De Casanova.** — La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile. 1946.
- Ferres (F).** — Du fondement et du caractère de la responsabilité des médecins. 1934.
- Flour.** — Les rapports de commettant à préposé dans l'art. 1384. Thèse 1933.
- Graven.** — Les médecins et le droit civil. 1925.
- Guenot.** — Du consentement nécessaire pour pratiquer une opération chirurgicale. 1904.
- Hay (A).** — De la responsabilité civile des médecins. 1925.
- Hirtz.** — Le consentement aux opérations. Thèse méd. 1932.
- Hu.** — Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin dans le droit romain, dans notre ancien droit, dans notre droit actuel.
- Imam (M.A.).** — La responsabilité du banquier en matière de dépôt. 1939.
- Lacas (M.J.).** — Les obligations du médecin. 1938.
- Lasnier.** — Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale. 1932.
- Legal (A).** — De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité. 1922.
- Manche.** — La responsabilité médicale au point de vue pénal. 1913.
- Marteau.** — La notion de la causalité dans la responsabilité civile. 1914.
- Martin.** — La faute professionnelle spécialement dans les professions libérales. 1934.
- Mazen (J).** — Essai sur la responsabilité civile des médecins. 1934.
- Nègre (P).** — La responsabilité civile dans la pratique de la médecine. 1935.
- Parent (H).** — De la responsabilité des chirurgiens en matière des soins esthétiques. 1932.
- Pleindoux.** — Chirurgie esthétique et responsabilité médicale. 1932.

- Rallier.** — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence moderne.
- Rendu.** — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence moderne. 1909.
- Redet (B).** — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence actuelle.
- Ryn (J. Van).** — Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif. 1933.
- Sahut (P).** — Nature juridique de la responsabilité des médecins. 1937.
- Tiprez.** — Contrat médical et responsabilité civile des médecins.
- Volksenet.** — La faute lourde en droit privé français. 1934.

NOTES ET ARTICLES

- Appleton (P).** — L'abstention fautive en matière délictuelle, civile et pénale. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1912. P. 604 et 5.
- Becqué (E).** — De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1914. P. 251.
- Boistel.** — Note D. 1908-1-481.
- Bonnet (E).** — Responsabilité délictuelle et contrats. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1912. P. 418.
- Bréton.** — Notes. S. 1937-1-321. S. 1938-1-257. S. 1939-1-217.
- Brisard.** — Le risque opératoire. *Annales de médecine légale* 1930. P. 554.
- Capitant (H).** — Une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses inanimées. D.H. 1930. Chron. P. 61 et s.
— La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt du 13 février 1930. D.H. 1930. Chron. P. 29 et s.
- Cuche (P).** — La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique. D.H. 1932 Chron. P. 101 et s.
- Dallant (R).** — N., D.P. 1931-1-171.
- Dayras.** — Conclusions D.P. 1929-3-26.
- Demogue (R).** — Observations critiques à la *Revue trimestrielle de droit civil*.
- Denisee (L).** — N., D.P. 1912-2-73 & D.P. 1920-1-30.

- Deshols (H).** — N., D.P. 1936-2-3.
- Donnedieu de Vabres.** — N., D.P. 1934-2-113. Quelques considérations sur le droit d'intervenir chirurgicalement. *Annales de médecine légale*. 1934. P. 725.
- Donnedieu de Vabres, Duveir et Desoille.** — La responsabilité médicale. *Annales de médecine légale*. 1931. P. 412.
- Doublet.** — N., D.P. 1937.3.2.
- Dupin.** — Conclusions S. 1835-1-401.
- Esmein.** — La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile. D.H. 1934. Chron. P. 35 et s.
— Trois Problèmes de Responsabilité Civile. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 1934. N 2.
— Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1933. P. 627 et s.
— Notes au Sirey.
- Falcimaigne.** — Notes D. 1913-2-73 & D. 1927-1-93.
- Falque.** — La responsabilité du médecin après l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 mai 1936. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1937. P. 609.
- Garraud et Laborde - Lacoste.** — Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement et à l'intervention chirurgicale. *Revue Générale du Droit*. 1926 P. 129 et s. & 193 et s.
- Gény.** — N., S. 1928-1-353.
- Glasson.** — N., D.P. 1891.2.50.
- Heilbronner.** — N., D.P. 1936-3-15. N., S. 1936-3-125.
- Hugueney.** — La responsabilité du fait des choses dans son application à la médecine. *Annales de Médecine légale* 1928. P. 119 et s. N., S. 1915-1-113 & S. 1928-1-5.
- Jack (A).** — Les conventions relatives à la personne physique. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1933. P. 362 et s. & P. 393.
- Jousserand (L).** — La personne humaine dans le commerce juridique. D.H. 1932 Chron. P. 1 et s.
— Un ordre juridique nouveau D.H. 1937. Chron. P. 41 et s.
— La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession D.H. 1939. Ch. P. 29.
— Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des

- contrats. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1937. P. 1 et s.
- Notes au Recueil Dalloz.
- Labbé.** — Notes au Recueil Sirey.
- *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*. 1886, P. 445.
- Lalou (H).** — Les ayants droit à l'indemnité à la suite d'accidents mortels. D.H. 1931. Chron. P. 21 et s.
- Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf. D.H. 1931. Chron. 87 et s.
- Notes au Recueil Dalloz.
- La gamme des fautes. D.H. 1940. Chron. P. 17.
- Lausac de Laborie.** — N., D. 1897-1-233.
- Legris.** — N., S. 1896-2-521. & D. 1914-2-85.
- Leloir.** — N., D. 1932-2-118.
- Loubat.** — N., D. 1905-2-320. & D. 1910-2-121.
- Loup (J).** — N., D. 1931-2-141.
- Lyon - Caen.** — N., S. 1887-1-121. & S. 1905-1-209.
- A.L.** — N., D. 1902-2-83.
- Marton.** — Obligations de résultat et obligations de moyens. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1935. P. 499 et s. & P. 544.
- Matter.** — Conclusions D.P. 1936-1-88.
- Mazeaud.** — L'assimilation de la faute lourde au dol. D.H. 1933. Chron. P. 49 et s.
- N., D.P. 1927-1-185.
- Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel. D.H. 1932. Chron. P. 77.
- L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile. D.H. 1935. Chron. P. 5.
- Mazeaud (H).** — Essai de classification des obligations. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1936. P. 1 et s.
- La faute dans la garde. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1925. P. 793 et s.
- Meriguhac.** — N., D. 1907-2-41. & D.P. 1902-2-42 & D. 1902-2-45.
- Montel (A).** — *Revue trimestrielle de Droit civil*. 1935. P. 966 et s.
- Morcos (Soliman).** — La responsabilité du fait des choses en Droit égyptien. *Revue Al Quanon Wal Iqtisad* 1937. P. 313.
- Morel.** — N., S. 1940-1-73.

- Naquet.** — N., S. 1912-1-9.
- Nast.** — N., D. 1926-2-97. & D. 1932-2-5. & D.C. 1942J.53.
- Olivier et Piedelèvre.** — A propos du droit de guérir. *Annales de médecine légale*. 1943. P. 40.
- Perreau.** — Des droits de la personnalité. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1909..P. 502.
— Notes au Recueil Sirey.
- Pilon.** — Rapport D.P. 1931-1-38 & D. 1936-1-88.
- Planiol.** — *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* 1888. P. 285. & 1906. P. 80.
— N., D. 1999-1-585.
- Polttevin (Le).** — N., D. 1895-1-177.
- Ripert.** — Notes au Recueil Dalloz.
— Droit du médecin de faire des expériences. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 1908.
- Roger.** — N., D. 1937.1.41.
- Rouast.** — N., S. 1914-1-169 & S. 1922-1-185, & D. 1930-1-83.
- Saleilles.** — N., D. 1897-1-43.
- Savatier.** — Notes au Recueil Dalloz. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* 1934. P. 409 et s. & P. 470.
— Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels. D.H. 1931. Chron. P. 9.
- Valléry.** — N., D. 1914-2-65.
- Verdun.** — Un cas intéressant de responsabilité chirurgicale. *Annales de médecine légale* 1937. P. 1088.
— Responsabilité des médecins du fait de leurs auxiliaires. *Annales de médecine légale*. 1934. P. 951.

خطا وصواب

صفحة	سطر	خطا	صواب	صفحة	سطر	خطا	صواب
٢٢	١٧	أكثر	كثر	١٩٤	٤	فدوره	فدوره
٢٧	٩	القانونية	الطعية	٢٠٣	أخير	فواينه	فواينه
٤٨	٢	للمرع	زائدة تحذف	٢٠٦	١٠	الأخطاء	الأخطاء
٨٨	١٥	موضوعها	موضوعها	٢٠٧	١٤	فضلا	فضلا
٩٣	٧	يسى	لايسى	٢٠٨	١٥	تتوالى	تتوالى
١٠٠	٥	لدى	لدى أن	٢١٥	٢	هامش ٤	أنه
١٣٢	٢	هامش ٢	الملكية	٢١٩	٢١	ثانية	ثانية
١٣٤	١٨	Boly	Belgique	٢٢٦	١٠	خطو	خطو
١٤٢	٩	تحرك أن	أن تحرك	٢٣٠	٧	بشفاء	بشفاء
١٤٣	١٣	jurisæl	Juris	٢٨٣	٩	مادى	مادى
			Classeur	٢٨٥	١٢	تبرها	لا تبرها
١٧١	٢٧	أبون	يكون	٣٢٢	٧	أنه	أنه إن
١٧١	٢٩	ما	أما	٣٦٣	٧٠٦	رأينا	سفى
١٧١	٣٠	هنا	فهنا	٣٦٥	٢	هامش ٣	رأينا
١٧٦	٨	الخط	الخطا	٤٢٥	٦	أن	إلا

0

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10





